This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HL OYU6 2

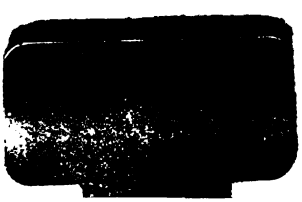
Digitized by Google

249

II. 408.

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Jan. 26, 1900



Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Archiv für Rechtsfälle

aus der Praxis

der Rechts-Anwälte

des Königlichen Ober-Tribunals.

Herausgegeben

von den Ober-Tribunals-Rechts-Anwälten

und redigirt von

Theodor Striethorst,
Kammergerichts-Rath.

Vierter Jahrgang. Vierter Band.
(Des Ganzen: Sechszehnter Band.)

Berlin
Verlag von C. Grobe.
1855.

Digitized by Google

Edmund Hannel's Buchdruckerei in Berlin.

Rec. Jan. 26, 1900

Digitized by Google

Inhalts-Anzeige.

No.		Seite
1.	Unterbrechung der Verjährung der Privatklage wegen leichter Körperverletzung oder Mißhandlung durch den Antrag bei der Staatsanwaltschaft auf Erhebung der Anklage	1
2.	Verjährung der Privatklage wegen leichter Körperverletzung oder Mißhandlung	4
3.	Doppelfrist der privilegirten Korporationen zur Einlegung der Rechtsmittel	7
4.	Rechtshängigkeit	10
5.	Form eines antichretischen Pfandvertrages	13
6.	Rechtliche Natur der Abgabe der Wettergarben und Läntebrode. — Verpflichtung der Mitglieder einer andern Konfession zur Entrichtung von Parochiallasten in Schlesien	15
7.	Verlust der zum Hypothekenbuch innerhalb der Präklusivfrist nicht angemeldeten Eigenthums- und anderen Realansprüche	18
8.	Judikatsklage aus einem Possessorien-Urtheil. — Rechtsmittel gegen dieselbe	22
9.	Verlust der Rechtswohlthat des Inventars	24
10.	Entschädigung wegen einer auf dem verkauften Grundstück haftenden Servitut	27
11.	Vorzugsrecht der Verwaltungsvorschüsse des Benefizial-Erben	29
12.	Freie Wahl der Schiedsrichter	33
13.	Gültigkeit des in einer außerordentlichen Versammlung ohne vorherige Einladung sämmtlicher Mitglieder der Gemeinde gefaßten Gemeinde-Beschlusses	36
14.	Verkauf von Stroh und andern Dungmitteln seitens des Altentheilsberechtigten	40
15.	Verpflichtung zu den Kosten der Küsterhaus- und Schulhaus-Bauen überhaupt und insbesondere in der Mark Brandenburg	41
16.	Mitverhaftung des Münsterischen Ehegatten für voreheliche Schulden des andern Ehegatten	46
17.	Benutzung des Wassers eines Privatflusses	50
18.	Frist zur Anmeldung und Einführung des zuständigen Rechtsmittels bei erfolgter Deklaration des Urtheils	52
19.	Hypothek des Eigenthümers	54

Digitized by Google

No.		Seite
20.	Klage auf das Interesse bei nicht erfüllten Zeitkaufsverträgen über vertretbare, börsen- und marktgängige Waaren	58
21.	Uebertragungsvertrag zwischen Eltern und Kindern als Erbvertrag. — Dispositionsrechte des überlebenden Ehegatten nach dem Rüthener Statutarrechte	60
22.	Hypothekenklage aus einer nur protestativischen Eintragung. — Rechtliche Natur des constitutum debiti alieni des Gemeinen Rechts	69
23.	Verbindlichkeit des Nießbrauchers zur Berichtigung von Alimenten und anderen periodisch fällig werdenden unverzinslichen Erbschaftsschulden	75
24.	Bedingte Haftbarkeit des Spediteurs für die Frachtführer	78
25.	Ersitzung des Trauf-Rechts beim Bauen auf dem verpflichteten Grundstücke	81
26.	Possessorienklage des Verpächters einer Gerechtigkeit wegen Störung des Besitzes seines Pächters	84
27.	Rechte des Nießbrauchers eines Grundstücks an der Tradde	86
28.	Berücksichtigung des nicht vorgebrachten Einwandes der Inkompetenz des Gerichts von Amtswegen; Verletzung einer wesentlichen Prozeßvorschrift	90
29.	Rechte des Ausstellers eines gezogenen und acceptirten, hiernächst aber präjudizirten Wechsels aus der geleisteten Zahlung	93
30.	Verminderung des Wassers in Brunnen durch neue Anlagen des Nachbars	96
31.	Verjährung der Privatklage wegen leichter Körperverletzung und Mißhandlung	99
32.	Erforderniße hinsichtlich der Gesetzeskraft Königlicher Verordnungen und Gesetze. — Forstkulturdienste	101
33.	Objektiv-persönliche Natur der Geldforderung wegen rückständiger Laudemien	108
34.	Verjährung der Forderung gegen den latitirenden Schuldner	110
35.	Begründung der Negatorienklage gegen den im Possessorienprozesse geschützten Besitzer eines Kirchenstuhls. — Ersitzung eines Kirchenstuhls	112
36.	Uebergang des eingetragenen Altentheils auf den Käufer bei gerichtlich nothwendigen Käufen	120
37.	Wirkung der Anmeldung der Klage gegen den verstorbenen Schuldner	131
38.	Haftbarkeit der Bauunternehmer	133
39.	Wirksamkeit einer protestativischen Eintragung bei hiernächst eingetragenem Subhastationsvermerke	146
40.	Jus subintrandi im Kaufgeldervertheilungs-Verfahren seitens des Dritten, welcher dem Hypothekengläubiger einen privilegirten Rückstand an Hypothekenzinsen gezahlt hat	149
41.	Zeitfrist zu einer Erklärung und Verjährungsfrist. — Ausübung des Wiederkaufsrechts	155
42.	Einwand der nicht erhaltenen Valuta im Wechselprozeß	158
43.	Giro ohne Obligo seitens des Ausstellers eines Wechsels an eigene Order	161
44.	Austritt aus dem Judenthum	166
45.	Größe der Winkel und Zwischenräume zwischen den Häusern nach den §§ 120. und 121. I. 8. des Allgem. Landrechts	171

Digitized by Google

No.		Seite
46.	Aufhebung des älteren Vertrages durch den jüngeren. — Erbliches Besitzrecht auf drei Leiber an einem Kolonate in den ehemals Französisch-Hanseatischen Landestheilen	174
47.	Verbindlichkeit des Kommissionärs del credere hinsichtlich der Verschaffung des Besitzes der angekauften Sache	179
48.	Wirkung der bei Uebertragung eines alten Hypothekenfoliums auf ein neues zur Ungebühr erfolgten Löschung einer Abgabe	188
49.	Beschaffung des Brennholz-Mehrbedarfs des Schullehrers bei Erweiterung der Schule, in der Provinz Preußen	190
50.	Verpflichtung zur Wegebesserung in dem Herzogthum Magdeburg und der Grafschaft Mansfeld	194
51.	Klage auf Erfüllung eines über börsen- und marktgängige Waaren geschlossenen Kaufvertrages nach Ablauf des Erfüllungstermines, — nach Gemeinem Rechte	205
52.	Eigenthum an den Katholischen Kirchen, ihren Dependenzien und Kirchhöfen, in der Rheinprovinz	210
53.	Wirksamkeit des Schuldscheins einer Ehefrau nach dem Provinzialrecht der Grafschaft Recklinghausen	230
54.	Gewährs-Ansprüche des Pächters. — Entbehrter Gebrauch oder Nutzen und entgangener Gewinn	232
55.	Verfügung des Erben über eine Nachlaßforderung vor Publikation des Testaments und Antretung der Erbschaft	235
56.	Befugniß des Prozeßmandatars erster Instanz zur Vertretung der Partei in zweiter Instanz. — Vollmachtsblanket	237
57.	Verpflichtung des Cessionars zur sofortigen Einklagung des Schuldners eines bei nicht prompter Zinsenzahlung fälligen Kapitals	242
58.	Böswillige Verlassung des einen und Verletzung der ehelichen Treue des andern Ehegatten	249
59.	Nicht eingetragene Reallast in Schlesien. — Vorrecht der zweiten Klasse	251
60.	Rechte des Grundnachbars hinsichtlich der von des Nachbars Bäumen herüberhangenden Zweige und herüberfallenden Früchte	255
61.	Beweis der Thäterschaft im Civilprozeß durch den Inhalt der Kriminal-Akten. — Civilrechtliche Folgen der Tödtung eines freien Menschen, nach Gemeinem Recht	261
62.	Legatum debiti proprii nach Preußischem und Gemeinem Recht	270
63.	Betrug behufs Erlangung eines Konkordats	281
64.	Bekanntmachung der Ausschließung der ehelichen Gütergemeinschaft	291
65.	Vergütung der fehlenden Quantität der verkauften Sache	298
66.	Einwendungen gegen eine Hypothekenforderung seitens des von dem dritten Inhaber in Anspruch genommenen persönlichen Schuldners	300
67.	Dingliches Recht des Hypothekengläubigers an früher veräußerten Gutsparzellen	306
68.	Mangelnde Jahreszahl bei einem Tagwechsel	312
69.	Einklagung der Nachlaßforderungen durch einzelne Miterben vor getheilter Erbschaft	314
70.	Ermittelung des Pflichttheils mit Rücksicht auf die Kollation einer Ausstattung und von Geschenken. — Verzinsung des Pflichttheils	316
71.	Verpflichtung des Successors durch den Autor. — Rechte des Eigenthümers gegen den Erwerber einer rechtshängigen Sache	326
72.	Restitution gegen versäumte Eidesleistung im Wechselprozeß	335

Digitized by Google

Nr.		Seite
73.	Lehnskompetenz der Kurmärkischen bedürftigen Wittwe; Ambachtslehn	337
74.	Rechtskraft des Erkenntnisses rücksichtlich der in demselben festgesetzten Eidesformel. — Grundzins	338
75.	Persönliche Verpflichtung des ersten Konstituenten des Altentheils; Ort der Erfüllung des Altentheils-Vertrages	344
76.	Besitz des Rechts zur Benutzung des Wassers eines Privatflusses	353
77.	Verpflichtung zu den Baukosten eines Pfarrhauses	357
78.	Baustreitigkeit. Exceptio spolii nach Gemeinem Recht. — Präklusion mit dem Beweis. — Kontumazia	361
79.	Vorrecht des Eingebrachten der Ehefrau in der vierten Klasse des Konkurses	372

Digitized by Google

No. 1. — Senat für Strafsachen, Abtheilung I.
Sitzung vom 1. November 1854.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Pritzwalk.
Gericht II. Instanz: Kammergericht.

Unterbrechung der Verjährung der Privatklage wegen leichter Körperverletzung oder Mißhandlung durch den Antrag bei der Staatsanwaltschaft auf Erhebung der Anklage.

a. Der Antrag bei der Staatsanwaltschaft auf Erhebung der Anklage wegen erlittener leichter Körperverletzung oder Mißhandlung unterbricht die Verjährung der Privatklage.

b. Erklärt die Staatsanwaltschaft, die Mißhandlung nicht rügen zu wollen, so beginnt eine neue Verjährung.

Strafgesetzbuch §§ 47. 50. 160. 189.

Der Tischler S. behauptete, in der Nacht vom 26. auf den 27. Dezember 1852 von dem Kossäthen R. mißhandelt worden zu sein, und beantragte deshalb im Januar 1853 bei der Staatsanwaltschaft die Erhebung der Anklage gegen den R. Die Staatsanwaltschaft requirirte hierauf die Gerichtskommission in P., den Denunzianten näher zu vernehmen und den Angeschuldigten verantwortlich zu hören, eventuell die Vorun-

Digitized by Google

tersuchung zu führen, lehnte aber demnächst durch die Verfügung vom 6. Juni 1853 das weitere Einschreiten gegen den R. wegen der Mißhandlung ab. Nunmehr zeigte S. dem Gericht unterm 29. Juni 1853 an, daß er die Privatklage gegen den R. anstellen wolle, und überreichte sodann am 17. August 1853 die mit dem Atteste des Schiedsmannes über den am 16. Juli 1853 beantragten, fruchtlos angestellten Sühneversuch versehene Klage auf Bestrafung des Verklagten wegen der ihm zugefügten Beleidigung. — Der Verklagte erhob den Einwand der Verjährung. Das Gericht erster Instanz erachtete diesen Einwand für durchgreifend und wies demgemäß den Kläger ab. Das Gericht zweiter Instanz verwarf den Einwand und wies die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung in die erste Instanz zurück, indem es ausführte, daß bei leichten Körperverletzungen nicht die dreimonatliche, sondern die im § 46. des Strafgesetzbuches verordnete Verjährung maaßgebend sei. Denn nach § 50. a. a. O. sollten zwar diejenigen Verbrechen oder Vergehen, deren Bestrafung nur auf Antrag einer Privatperson erfolgen könne, straflos bleiben, wenn die zum Antrag berechtigte Person den Antrag binnen drei Monaten zu machen unterlasse; die leichte Körperverletzung gehöre jedoch zu denjenigen Vergehen nicht, deren Bestrafung vom Antrage des Beschädigten abhängig sei, vielmehr sei die Staatsanwaltschaft zur Erhebung der Anklage auch ohne diesen Antrag befugt.

Die von dem Verklagten erhobene Nichtigkeitsbeschwerde hat das Obertribunal verworfen —

in Erwägung:

daß nicht eine einfache Beleidigung, — § 343. des Strafgesetzbuchs, sondern eine nach § 187. daselbst zu ahndende Mißhandlung Gegenstand des Prozesses ist; daß mithin auch in Beziehung auf die Verjährung der § 343. nicht angewandt werden konnte;

Digitized by Google

daß nach § 189. a. a. O., wenn wegen vorsätzlich zugefügter leichter Körperverletzungen oder Mißhandlungen die Privatklage erhoben ist, die im dreizehnten Titel bei den Ehrverletzungen über den Antrag auf Bestrafung gegebenen Bestimmungen zur Anwendung kommen;

daß der in Bezug genommene Plenarbeschluß vom 27. Juni 1853 und das in Bezug auf denselben abgefaßte Urtheil (Justiz-Ministerialblatt für 1853 Seite 245) nur die Frage entscheidet, ob die Staatsanwaltschaft für die Rüge leichter Körperverletzungen des Antrages des Verletzten bedarf, und nur diese Frage verneint; daß dieselbe aber selbstredend auf Privatklagen keine Anwendung findet, auf diese vielmehr bei der Hinweisung im § 189. a. a. O. die §§ 160. und 50. des Strafgesetzbuchs anwendbar sind;

daß nach § 50. a. a. O. ein Vergehen, dessen Bestrafung nur auf den Antrag einer Privatperson erfolgen kann, straflos bleiben soll, wenn die zum Antrage berechtigte Person den Antrag binnen drei Monaten zu machen unterläßt; daß der Appellations-Richter mit Unrecht unter Ausschließung des § 50. des Strafgesetzbuches den § 46. angewendet hat;

daß aber dessenungeachtet der Appellations-Richter mit Recht angenommen hat, daß die Verjährung durch den Antrag bei dem Schiedsmann am 16. Juli 1853 unterbrochen ist, weil nach der allgemeinen Fassung des § 50. auch durch den Antrag bei der Staatsanwaltschaft, jedenfalls nach § 48. durch den Antrag der Staatsanwaltschaft bei dem Richter vom 17. Januar 1853, die Verjährung unterbrochen worden ist, und mit dem Zeitpunkte am 6. Juni 1853, wo die Staatsanwaltschaft die Mißhandlung nicht rügen zu wollen erklärte, eine neue Verjährung nach § 47. a. a. O. zu laufen begonnen hat;

daß diese aber nicht abgelaufen ist, weil bei dem Antrag auf Sühneversuch — am 16. Juli 1853 — noch nicht einmal eine dreimonatliche Frist verlaufen war;

Digitized by Google

daß bei diesen Umständen die Frage, ob unter Umständen Mißhandlungen erst in fünf Jahren* verjähren können, auf sich beruhen kann.

No. 2. — Senat für Strafsachen, Abtheilung I. Sitzung vom 1. November 1854.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Verjährung der Privatklage wegen leichter Körperverletzung oder Mißhandlung.

a. Die Privat-Klage auf Bestrafung wegen leichter Körperverletzung oder Mißhandlung verjährt in drei Monaten.**

Strafgesetzbuch §§ 50. 160. 189.

b. Die innerhalb drei Monaten gerichtlich angestellte Privatklage auf Bestrafung des Verklagten wegen zugefügter leichter Körperverletzung oder Mißhandlung unterbricht die Verjährung auch dann, wenn bei dem Schiedsmann die Anstellung des Sühneversuchs innerhalb der dreimonatlichen Frist nicht beantragt ist.

Einführungsgesetz vom 14. April 1851 Art. 18.; Strafgesetzbuch § 50.

Der Zimmermann T. klagte am 29. September 1852 in einem Vorprozesse gegen den Dienstknecht B. und Genossen wegen ihm am 29. August 1852 zugefügter Mißhandlung, wurde jedoch durch das ihm am 24. Juni 1853 insinuirte Appellationsurtheil zur Zeit abgewiesen, weil er das erforderliche Attest des Schiedsmannes über den stattgehabten Sühneversuch nicht bei-

* Vergl. den Rechtsfall No. 2. und dagegen den Rechtsfall No. 81. dieses Bandes.

** Vergl. dagegen den Rechtsfall No. 81. dieses Bandes.

Digitized by Google

gebracht hatte. Er stellte demnächst am 6. September 1853 unter Ueberreichung des Schiedsmannsatteſtes über den fruchtloſen Sühneverſuch eine neue Klage an, worauf der erſte Richter die Verklagten verurtheilte, der zweite Richter aber auf den Grund der Verjährung den Kläger abwies.

Das Obertribunal hat auf die Nichtigkeitsbeſchwerde des Klägers das zweite Urtheil vernichtet, und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entſcheidung in die zweite Inſtanz zurückgewieſen —

in Erwägung:

daß nach der thatſächlichen Feſtſtellung des erſten Richters der Kläger durch die Verklagten am 29. Auguſt 1852 gemißhandelt worden iſt, und daher nicht eine einfache Beleidigung, — § 343. des Strafgeſetzbuches, — ſondern nach den §§ 187. ff. daſelbſt leichte Körperverletzungen der Gegenſtand des Prozeſſes ſind;

daß in Betreff der Verjährung mithin der § 343. a. a. O. nicht zur Anwendung kommen konnte und alſo durch Anwendung verletzt iſt;

daß nach § 189. a. a. O., wenn wegen vorſätzlich zugefügter leichter Körperverletzungen oder Mißhandlungen die Privatklage erhoben iſt, die im dreizehnten Titel bei den Ehrverletzungen über den Antrag auf Beſtrafung gegebenen Beſtimmungen zur Anwendung kommen;

daß nach § 160. in Verbindung mit § 50. a. a. O. ein Vergehen, deſſen Beſtrafung nur auf den Antrag einer Privatperſon erfolgen kann, ſtraflos bleiben ſoll, wenn die zum Antrage berechtigte Perſon den Antrag binnen drei Monaten zu machen unterläßt, und dieſer Grundſatz bei Ehrverletzungen mithin auch auf Klagen wegen Mißhandlungen, weil ſie in dieſer Beziehung den erſteren gleichgeſtellt ſind, Anwendung findet, daß alſo jeder Antrag auf Beſtrafung die Verjährung unterbricht;

Digitized by Google

daß diese Bestimmung durch den Artikel 18. des Einführungsgesetzes vom 14. April 1851 nur zu Gunsten der klagenden Partei dahin abgeändert ist, daß schon die Anbringung des Gesuches auf Anstellung des Sühneversuches bei dem Schiedsmann die Verjährung unterbrechen soll, hieraus aber nicht gefolgert werden kann, daß, wenn ein solcher Antrag innerhalb der dreimonatlichen Frist, — §. 50. des Strafgesetzbuches, bei dem Schiedsmann nicht gemacht worden, dadurch der rechtzeitig bei dem Richter gemachte Antrag auf Bestrafung die Verjährung nicht unterbrechen sollte, vielmehr wirkungslos werde;

daß der Kläger wegen der am 29. August 1852 ihm zugefügten Mißhandlung am 29. September 1852 Klage erhoben hat, hierdurch also die Verjährung unterbrochen ist;

daß zwar der Vorprozeß wegen des unterlassenen Sühneversuches zur Bestrafung der Verklagten nicht geführt hat, hieraus aber nach § 47. des Strafgesetzbuches nur folgt, daß von der letzten gerichtlichen Handlung im Vorprozesse eine neue Verjährung zu laufen angefangen hat;

daß das Appellationserkenntniß im Vorprozesse dem Kläger am 24. Juni 1853 insinuirt, die Sühne hierauf am 30. Juni 1853 ohne Erfolg versucht, und die jetzige Klage am 6. September 1853 angestellt, hierdurch also die neue Verjährurg unterbrochen, und die Klage wegen Verjährung daher nicht zurückzuweisen, vielmehr das zweite Urtheil, welches blos die Verjährungsfrage erörtert, zu vernichten, und die Sache selbst in zweiter Instanz zu verhandeln und zu entscheiden ist.

Digitized by Google

No. 3. — IV. Senat. Sitzung vom 2. Novbr. 1854.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Ratibor.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht daselbst.

Doppelfrist der privilegirten Korporationen zur Einlegung der Rechtsmittel.

Die den privilegirten Korporationen zustehende Doppelfrist zur Einlegung der Rechtsmittel greift in Prozessen wegen Geschäfte, die ihren landesherrlich bestätigten Statuten fremd sind, nicht Platz.

Deklaration vom 6. April 1839 Art. 13. (Ges.-Samml. S. 126.)

Die Magdeburger Feuer-Versicherungs-Gesellschaft errichtete durch den Vertrag vom 15/27. Juni 1850 mit verschiedenen Rübenzuckerfabrikbesitzern einen Verband zur Versicherung der Rübenzuckerfabriken der Zollvereinsstaaten gegen Feuersgefahr. Unter der Behauptung, daß für die Rübenzuckerfabrik des v. R. der v. B., als General-Bevollmächtigter desselben, diesem Vertrage beigetreten sei und auf Grund desselben die Rübenzuckerfabrik mit 100,000 Rthlrn. unterm 13. October 1851 versichert habe, wurde die Magdeburger Feuer-Versicherungs-Gesellschaft auf Grund jenes Vertrages, und weil ihr die Geschäftsführung und Verwaltung des Versicherungs-Verbandes übertragen worden, wider den v. R. auf Zahlung der Prämie für die Zeit vom 1. September 1852 bis dahin 1853 klagbar. — Der Richter zweiter Instanz erachtete das von der Klägerin eingelegte Rechtsmittel der Appellation für nicht devolvirt, weil dasselbe nicht innerhalb der gewöhnlichen Frist, sondern erst am 80. Tage eingewendet worden war, die Klägerin aber die Doppelfrist in vorliegendem Falle, wo nicht sie, sondern jener Verband durch sie, als seine Geschäftsführerin, geklagt habe, nicht beanspruchen könne. — Die Klägerin erhob die Nichtigkeits-Beschwerde.

Digitized by Google

Der vorige Richter, so behauptete sie, habe eine wesentliche Prozeßvorschrift nach Art. 3. No. 2. der Deklaration vom 6. April 1839 verletzt, indem er ein gesetzlich zulässiges und rechtzeitig angebrachtes Rechtsmittel zurückgewiesen habe. Der Inhalt der Klage ergebe, daß die Magdeburger Feuer-Versicherungs-Gesellschaft nicht Namens des durch den Vertrag vom 15. und 27. Juni 1850 unter dem Namen: „Verein der Rübenzuckerfabriken der Zollvereinsstaaten" errichteten Verbandes, sondern in eigenem Namen geklagt habe. Das Rubrum der Klage, der Inhalt derselben, und deren Antrag erhöben dies über allen Zweifel. Ob die Klägerin befugt gewesen sei, in eigenem Namen zu klagen, sei bei der vorliegenden Frage unerheblich, weil es nur darauf ankomme, wer der Kläger sei. Wenn wirklich auch nur der erwähnte Verein für Rübenzuckerfabriken, und nicht die Magdeburger Feuer-Versicherungs-Gesellschaft zu klagen befugt sei, so folge daraus doch nicht, daß ersterer und nicht letztere die Klägerin sei; vielmehr könne dann nur angenommen werden, daß die unrichtige Klägerin aufgetreten sei. Daß dies übrigens nicht der Fall sei, daß die Klägerin selbstständig in eigenem Namen klagen, wie die gegenwärtige, erheben könne, ergebe sich aus dem Inhalte des Vertrages vom 15. resp. 27. Juni 1850 zweifellos. Sei nun aber hiernach die Magdeburger Feuer-Versicherungs-Gesellschaft die Klägerin, so komme ihr auch zur Einlegung der Appellation die Doppelfrist zu, da sie auf Grund der landesherrlichen Bestätigung ihres Statuts eine eben durch die Bestätigung und auf Grund derselben privilegirte Korporation bilde, und gleiche Rechte mit einer Eisenbahn-Gesellschaft habe, welcher nach dem Präjudize No. 1035. Seite 425. der Sammlung die doppelte Frist zustehe. — Das Obertribunal hat die Nichtigkeits-Beschwerde verworfen — aus nachstehenden

Gründen:

Selbst wenn man die Implorantin als aus eigenem Rechte klagend, als eigentliche (legitimirte oder nicht legitimirte) Klägerin

Digitized by Google

ansehen wollte, würde ihr doch die in dem § 21. der Verordnung vom 14. Dezember 1833 nur für den Fiskus angeordnete, und erst durch die Deklaration vom 6. April 1839. Art. 13. auch auf andere, namentlich auf privilegirte Korporationen, ausgedehnte Verdoppelung der gesetzlichen Frist nicht zu Statten kommen.

Man kann es dabei dahin gestellt sein lassen, ob die klagende Gesellschaft durch die am 14. Mai 1844 und resp. 6. Juli 1850 erfolgte Allerhöchste Bestätigung ihrer Statuten in Gemäßheit des § 8 des Gesetzes vom 9. November 1843 nicht blos die Eigenschaft einer „juristischen Person," insbesondere mit dem Rechte, Grundstücke und Kapitalien auf ihren Namen zu erwerben, sondern auch zugleich die Rechte einer „privilegirten Korporation" überhaupt erworben hat, denn, auch das Letzte angenommen, könnte doch das Privilegium der doppelten Frist nur eben aus der landesherrlichen Bestätigung ihrer Statuten hergeleitet, daher auch nur auf statutenmäßige Geschäfte der klägerischen Gesellschaft bezogen werden, denn nur die Statuten sind landesherrlich bestätigt worden. Das ursprüngliche, am 17. Mai 1844 bestätigte Statut gedenkt aber selbstredend der hier fraglichen, erst durch den Vertrag vom Juni 1850 übernommenen Geschäftsführung überall nicht, und ebensowenig das am 6. Juli 1850 bestätigte revidirte Statut, welches nur die lange vor dem fraglichen Vertrage in der Generalversammlung vom 22. August 1849 beschlossenen Abänderungen des ursprünglichen Statuts aufgenommen hat. Die in dem Vertrage vom Juni 1850 von der klägerischen Gesellschaft übernommene Geschäftsführung für den Versicherungsverband für Rübenzuckerfabriken, und die gegenwärtige auf Grund dieser Geschäftsführung angestellte Klage liegen daher ganz außerhalb jener Statuten. Die durch deren landesherrliche Bestätigung verliehenen Rechte und Privilegien können auf ganze fremde Geschäfte nicht ausgedehnt werden. Für solche stehen der klägerischen Gesellschaft die Rechte einer

Digitized by Google

privilegirten Korporation nicht zu, und daß dergleichen dem Versicherungsverbande selbst verliehen worden, ist nicht behauptet.

Die erst am 80. Tage nach Behändigung der Ausfertigung des ersten Erkenntnisses an den dazu ermächtigten Mandatar der Klägerin von ihr angemeldete Appellation war daher verspätet, und ist vom Appellationsgericht mit Recht für nicht devolvirt erachtet worden.

No. 4. – IV. Senat. Sitzung v. 2. Novbr. 1854.

Revision.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Siegen.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Arnsberg.

Rechtshängigkeit.

Der Fall der Rechtshängigkeit liegt nicht vor, wenn die Klage des Verpflichteten, seine Verbindlichkeit für aufgehoben zu erklären, und die demnächst angestellte Klage des Berechtigten auf fernere Erfüllung auf verschiedenen Fundamenten beruhen.*

A. G. O. I. 5. § 4. No. 2.

Der Forstdirektor J. war auf Grund des Vertrages vom 26. April 1841 in jener Eigenschaft gegen eine jährliche in Quartalraten auszuzahlende Besoldung von 1650 Rthlrn. auf Lebenszeit in die Dienste des Herrn Fürsten v. W. getreten. Am 19. Oktober 1853 erhielt er von dem Herrn Fürsten ein Schreiben, in welchem derselbe ihm in Folge angeblicher Verletzungen seines Dienstvertrages die Dienst-Entlassung ertheilte und erklärte, daß er binnen drei Tagen die Klage wegen Aufhebung des Dienstvertrages einlegen werde, wenn J. innerhalb

* Vergl. Archiv für Rechtsfälle Bd. 9. S. 131.

Digitized by Google

dieser Zeit eine mit der Dienst-Entlassung einverstandene Erklärung nicht einreichen würde.

In Folge dieses Schreibens reichte J. unterm 21. November 1853 gegen den Herrn Fürsten v. W. eine Klage ein, in welcher er die Verurtheilung desselben zur Fortentrichtung seines vertragsmäßigen Gehalts von jährlich 1650 Rthlrn. in Quartalraten seit dem 1. resp. 19. Oktober 1853 verlangte. Diese Klage gründete J. auf den Dienstvertrag, indem er ausführte, daß seine Entlassung nur im Wege Rechtens erfolgen könne, die gewöhnlichen Bestimmungen in Betreff der Verträge über Handlungen nach dem Inhalt des Dienstvertrages vorliegend keine Anwendung fänden, und bis zu seiner Entlassung im Wege Rechtens die Zahlung des vertragsmäßigen Gehalts geleistet werden müsse. — Der Herr Verklagte erhob den Präjudizial-Einwand der Rechtshängigkeit der Sache, weil er bereits unterm 4. November 1853, also vor Anstellung der gegenwärtigen Klage, gegen den Kläger eine auf die demselben zur Last gelegten Verletzungen des Dienstvertrages gestützte Klage eingereicht und beantragt habe: ihn, den Herrn Fürsten, für wohl befugt zu erklären, den unter dem 26. April 1841 mit dem Verklagten Forstdirektor J. abgeschlossenen Dienstvertrag aufzulösen, und jenen aus seinen Diensten zu entlassen, auch seine, des Herrn Fürsten, Verpflichtung zur Nach- und Fortzahlung des Gehalts des Beklagten vom 19. Oktober 1853 an für aufgehoben zu erklären. — Der Richter erster Instanz erachtete den Präjudizial-Einwand für begründet und wies daher die Klage ab. Der Richter zweiter Instanz verwarf den Präjudizial-Einwand und wies die Sache zur anderweiten Entscheidung in die erste Instanz zurück.

Das Ober-Tribunal hat auf die Revision des Herrn Verklagten das zweite Urtheil bestätigt.

Gründe:

Die Anträge der vorliegenden Klage und die Anträge der vor Anstellung derselben dem Kläger insinuirten Klage des Verklagten

Digitized by Google

stehen zwar insofern in Uebereinstimmung, als in der letzteren verlangt wird, die Pflicht zur Fortzahlung des kontraktmäßigen Gehalts vom 19. Oktober 1853 ab für aufgehoben zu erklären, während in der vorliegenden Klage der Kläger die Fortzahlung des Gehalts und der Emolumente vom 1. resp. 19. Oktober 1853 ab verlangt. Diese äußerliche Uebereinstimmung genügt aber nicht, um die von dem Verklagten entgegengesetzte Einrede der Litispendenz zu begründen. Schon die Art der Stellung beider Anträge bringt in der Wirkung eine wesentliche Verschiedenheit hervor, da selbst durch die Abweisung des Klage-Antrages in der Klage des Verklagten — welche in erster Instanz mittlerweile ausgesprochen ist — der Kläger nicht einen exekutionsfähigen Titel zur Einziehung des rückständigen Gehalts erlangen würde, welchen er durch den günstigen Ausgang des gegenwärtigen Prozesses erhält.

Mit Recht nimmt aber auch der Appellations-Richter eine Verschiedenheit beider Klage-Anträge an. Denn in der Klage des Verklagten steht der Antrag, die Fortzahlung des Gehalts aufzuheben, lediglich als Ausfluß des Hauptantrages, das Dienstverhältniß aufzulösen, er hat keine andere Grundlage, als dieser Hauptantrag, nämlich die zahlreichen behaupteten Kontraktwidrigkeiten, auf deren Grund der Verklagte die Befugniß zur Dienst-Entlassung in Anspruch nahm. Die Grundlage der gegenwärtigen Klage läßt aber, wie in derselben ausdrücklich bemerkt ist, es ganz dahin gestellt, ob die Befugniß zur Dienst-Entlassung vorhanden ist; sie verlangt auch bei vorausgesetzter Befugniß die Fortdauer der kontraktmäßigen Gehaltszahlung, so lange nicht die Befugniß durch Urtheil und Recht aberkannt ist, gestützt auf das im § 17. des Vertrages vom 26. April angeordnete Dienstverhältniß des Klägers. Dadurch erscheint die vorliegende Klage, wenn es auch der gestellte Antrag nicht ausspricht, von selbst als eine solche, welche die auf eine materielle Prüfung ihrer Motive zu basirende Entscheidung der Klage des Verklagten nicht hindert und beeinträchtigt, und neben

Digitized by Google

derselben sehr wohl zur Entscheidung kommen kann. Bei dem augenscheinlichen Interesse des Klägers, die Gehaltszahlung nicht durch eine vielleicht weitläufige Erörterung suspendirt zu sehen, kann ihm aber die separate Geltendmachung seines Fundaments in einer besondern Klage nicht versagt werden, und kein Gesetz nöthigte ihn, deshalb in dem Prozesse des Verklagten etwa einen besonderen Antrag zu stellen, wodurch ohnehin das Ziel dieser Klage schwerlich erreicht werden konnte.

Hiernach liegt der Fall der Rechtshängigkeit, — § 4. No. 2. I. 5. der Allgem. Gerichts-Ordnung — nicht vor, und muß die zugelassene Klage zur gerichtlichen Entscheidung kommen.

No. 5. — III. Senat. Sitzung v. 3. Novbr. 1854.

Revision.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Delitzsch.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Naumburg.

Form eines antichretischen Pfandvertrages.

Auch ein gerichtlich aufgenommener und ausgefertigter antichretischer Pfandvertrag bedarf der gerichtlichen Bestätigung.*

A. L. R. I. 20. § 227. 235., 5. §§ 200-204.; A. G. O. II. 3. §§ 21. bis 24.; Gesetz vom 23. April 1821 § 4. (Gesetz-Sammlung S. 43.)

Mittelst gerichtlich aufgenommenen und ausgefertigten Vertrages vom 19. October 1842 verkaufte der Graf zu S. das zu R. belegene Erbrittergut an Gebäuden, Hofwehr, Garten und 30 Morgen Feld für 1500 Rthlr. an den Tischlermstr. A. Von dem Kaufgelde sollten nach dem Inhalte des Vertrages

* Vergl. Entscheidung vom 16. März 1846 in den Entscheidungen Bd. 13. Seite 284.

Digitized by Google

800 Rthlr. für den Verkäufer auf dem Gute stehen bleiben und mit fünf Prozent verzinset werden, jedoch sollte Käufer statt der Zinsen den gedachten Feldgrund dem Verkäufer zur freien und beliebigen Benutzung übergeben, und dies Benutzungsrecht so lange dauern, als nicht beiderseitige Interessenten über die Aufhebung des Verhältnisses einig seien. Nach Inhalt der Verhandlung vom 5. August 1846 ist die Uebergabe des Guts an den A. erfolgt, und Graf zu S. in den Naturalbesitz des Feldgrundes gesetzt worden. Als später Graf zu S. aus diesem Vertrage gegen A. klagbar wurde, behauptete der letztere, daß jene Verabredung wegen der Benutzung des Feldes einen antichretischen Pfandvertrag enthalte, welcher zu seiner Gültigkeit der — nicht erfolgten — gerichtlichen Bestätigung bedurft habe. Er verlangte daher widerklagend Rechnungslegung über die von dem Kläger gezogenen Nutzungen. — Der Richter erster Instanz wies den Verklagten mit dieser Widerklage ab, der Richter zweiter Instanz erkannte dem Antrage der Widerklage gemäß, und das Obertribunal hat auf die von dem Kläger eingelegte Revision das Appellations-Urtheil bestätigt. In den

Gründen

hat das Obertribunal zunächst ausgeführt, daß es sich hier allerdings um einen antichretischen Pfandvertrag handle, welcher nach den §§ 227. und 235. I. 20. des Allg. Landrechts und nach § 4. des Gesetzes vom 23. April 1821 zu seiner Gültigkeit der gerichtlichen Bestätigung bedurft habe, und daß, da diese nicht ertheilt sei, Revident nach § 236. I. 20. des Allg. Landrechts zur Rechnungslegung verpflichtet sei. Sodann heißt es weiter:

Dem Revidenten kann darin nicht beigetreten werden, daß ein antichretischer Pfandvertrag, welcher gerichtlich aufgenommen und ausgefertigt ist, einer besonderen gerichtlichen Bestätigung nicht bedürfe, da diese Bestätigung in den §§ 227. und 235. I. 20. des Allg. Landrechts und im Sinne des § 4. des Ge-

Digitized by Google

setzes vom 23. April 1821 ausdrücklich vorgeschrieben ist, und da aus der Sache und aus den §§ 228–234. I. 20., aus den §§ 200–204. I. 5. des Allg. Landrechts und aus den §§ 21. –24. II. 3. der Allg. Gerichtsordnung klar hervorgeht, daß die gerichtliche Ausfertigung eines gerichtlich aufgenommenen Vertrages nicht dasselbe mit dessen gerichtlicher Bestätigung ist.

No. 6. – I. Senat. Sitzung vom 8. Novbr. 1854.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Reichenbach.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Breslau.

Rechtliche Natur der Abgabe der Wettergarben und Läutebrode. — Verpflichtung der Mitglieder einer andern Konfession zur Entrichtung von Parochiallasten in Schlesien.

a. In Schlesien gehören die Abgaben der Wettergarben und Läutebrode zu den Parochiallasten.

A. L. R. II. 11. § 937.

b. Die Bestimmung der Kabinetsorder vom 3. März 1758 in Betreff der Befreiung der evangelischen Eingepfarrten von den an katholische Pfarrer zu entrichtenden Zehnten und ähnlichen Abgaben ist auch auf dergleichen Abgaben an andere Kirchenbediente anzuwenden.

A. L. R. I. 11. § 261.; Kabinetsorder vom 3. März 1758 (Korn, Edikten-Sammlung Bd. 6. S. 707.); Verordnung vom 9. Februar 1775 (Korn, Edikten-Sammlung Bd. 14. S. 287.); Reskript vom 1. März 1784 (Korn, Edikten-Sammlung Bd. 18. S. 160.); Dorf-Polizei-Ordnung vom 1. Mai 1804 (Korn, Edikten-Sammlung Bd. 9. S. 91.)

Der katholische Schullehrer und Organist H. zu Berthelsdorf in Schlesien nahm die evangelischen Eingesessenen in Berthelsdorf und Hartau daselbst auf Entrichtung der Abgaben

Digitized by Google

an Wettergarben und Läutebroden gerichtlich in Anspruch. — Die Verklagten widersprachen dieser Klage, weil sie diese Abgaben als Parochiallasten, und sich daher als evangelische Eingepfarrte zur Entrichtung derselben nicht für verpflichtet hielten. — Die Richter erster und zweiter Instanz erachteten den Widerspruch der Verklagten für begründet und wiesen daher den Kläger ab.

Das Obertribunal hat die von dem Kläger eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde verworfen.

Gründe:

Es ist nicht rechtsverletzend, wenn der Appellationsrichter die hier in Rede stehenden Abgaben für solche erklärt, die auf der Parochialverbindung beruhen. Dahin rechnet sie der § 937. II. 11. des Allg. Landrechts, und sie werden auch in Schlesien nach dem von dem Appellationsrichter allegirten Stielo'schen Werke zu den Parochiallasten gezählt. Dies kann im vorliegenden Falle um so weniger zweifelhaft sein, als die fraglichen Emolumente vokationsmäßig dem Kläger in seiner Qualität als Organist, also als eines Beamten der katholischen Kirche zu Berthelsdorf, ausgesetzt sind. Sind sonach die fraglichen Prästationen Lasten, die aus der Parochialverbindung fließen, so sind die Verklagten zu deren Entrichtung, als evangelische Konfessionsverwandte, an einen Beamten der katholischen Kirche nach § 261. a. a. O. nicht verpflichtet. Wenngleich in der Allerhöchsten Kabinetsorder vom 3. März 1758 ausdrücklich nur von den an die Pfarre zu entrichtenden Zehnten, Broden, Garben und dergleichen die Rede ist, so kann es doch keinem Bedenken unterliegen, die dort getroffene Bestimmung auch auf andere Kirchenbediente anzuwenden, da der sonst bestandene Parochialnexus zum Besten der evangelischen Konfessionsverwandten überhaupt aufgehoben werden sollte. (vergl. Stielo im Anhange zu A.), und diese Aufhebung alle aus der Parochialverbindung originirende Prästationen betrifft, wie in der Ver-

Digitized by Google

ordnung vom 9. Februar 1775 ausdrücklich ausgesprochen wird. Es kann sonach in der diesfälligen Annahme des Appellationsrichters keine Verletzung der allegirten Kabinetsorder vom 3. März 1758, die in der Kabinetsorder vom 14. Juni 1831 (Gesetz-Sammlung Seite 269.) wieder in Kraft gesetzt wird, und ebensowenig ein Verstoß gegen den §. 54. der Einleitung zum Allg. Landrechte gefunden werden. Daß eine Verjährung in Betreff solcher von andern Konfessionsverwandten zu entrichtenden Parochialabgaben gar nicht eintreten könne, hat der Appellationsrichter nicht behauptet, und im Gegentheil würde er eine solche Acquisitivverjährung für zulässig erachtet haben, wenn seit 1830 ein hierzu erforderlicher Zeitraum bereits verflossen wäre, was nicht der Fall ist. In dem Reskript des geistlichen Departements vom 1. März 1784 ist zwar bestimmt, daß der Aufhebung des Glockenläutens bei Gewittern ohnerachtet den katholischen Schullehrern die sogenannten Wettergarben und Brode, als ein Theil ihres Unterhalts, fortentrichtet werden müßten. Allein theils ist dieser Verordnung die Kraft eines Gesetzes nicht beizumessen, theils bestimmt sie keinesweges, daß auch von andern Konfessionsverwandten den katholischen Kirchenbedienten diese Prästationen entrichtet werden müßten. Dies letzte gilt auch von der in der Schlesischen Dorfpolizei-Ordnung vom 1. Mai 1804 im Abschnitte IV. § 5. sich findenden Bestimmung,

> wonach dem Schulmeister die sämmtlichen ihm ausgesetzten Emolumente, wozu auch die Wettergarben, ohnerachten des verbotenen Läutens bei Gewittern, wenn er zugleich Glöckner ist, zu verstehen sind, unverkürzt entrichtet werden sollen, —

in welcher Bestimmung die hier in Betracht kommende Konfessionsverschiedenheit nicht berührt ist.

Digitized by Google

No. 7. — I. Senat. Sitzung vom 8. Novbr. 1854.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Hagen.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Hamm.

Verlust der zum Hypothekenbuch innerhalb der Präklusivfrist nicht angemeldeten Eigenthums- und anderen Realansprüche.

a. Durch die nach dem letzten Dezember 1816 geschehene Veräußerung eines im Bezirk der Gültigkeit der Verordnung vom 22. Mai 1815 belegenen Guts an einen dritten Besitzer gehen die zur Eintragung nicht angemeldeten Ansprüche des wahren Eigenthümers oder sonstigen Realberechtigten gegen das Gut verloren, auch wenn der Besitztitel für den Veräußerer noch nicht berichtigt war.

Hypotheken-Patent vom 22. Mai 1815 §§ 3. 4. 9. 10. 12. (Gesetz-Sammlung S. 185.); A. L. R. Einl. § 101.

b. Der Verlust des innerhalb der allgemeinen Präklusivfrist nicht angemeldeten Realanspruchs wird durch den bösen Glauben des neuen Erwerbers nicht abgewendet.*

Hypotheken-Patent vom 22. Mai 1815 a. a. O.

Durch gerichtlichen Uebertrags-Vertrag vom 17. Januar 1835 übertrugen die Eheleute Förster Adam B. und Anna geb. K. ihren am Ahlenberge in der Gemeinde Ende in Westphalen belegenen, in dem Hypothekenbuche noch nicht eingetragenen Kotten zum Eigenthum an ihren Enkel Friedrich T. Gegen die Erben des Friedrich T. nahm der Steinhauer W. das Miteigenthumsrecht des Kottens zu $^{9}/_{10}$ in Anspruch, weil eines Theils die Eheleute Adam B. schon früher durch notariellen Vertrag vom 27. Juni 1810 ihr gesammtes gemeinsames Vermögen an die von dem Adam B. in erster Ehe mit

* Vergl. Präjudiz No. 286. v. 23. Juni 1837, Präj.-Samml. S. 327.

Digitized by Google

der Sybille S. erzeugte Tochter Elisabeth und deren Ehemann Heinrich T. — Vater des obengenannten Friedrich T. — übertragen hatten, deren Nachlaß er, Kläger, zu $^9/_{10}$ durch Erbschaft und resp. Uebertragungs-Vertrag vom 13. Mai 1852 erworben habe; und weil anderen Theils Friedrich T. bei Abschluß des Vertrages vom 17. Januar 1835 Kenntniß von dem früher geschlossenen Vertrage gehabt habe und somit wegen seines bösen Glaubens das Eigenthum des Kottens weder selbst habe erwerben, noch auch auf die Verklagten habe vererben können. — Der Richter erster Instanz machte die Verurtheilung der Verklagten von einem dem Kläger darüber, daß der Kotten zu dem durch den Vertrag vom 27. Juni 1810 von den Eheleuten Adam B. den Eheleuten Heinrich T. übertragenen Vermögen gehört habe, auferlegten nothwendigen Eid abhängig. Verklagte appellirten. Sie behaupteten nunmehr unter Anderem, daß Kläger schon auf den Grund des Hypotheken-Patents vom 22. Mai 1815 abgewiesen werden müsse, weil er es unterlassen habe, seine etwaigen Rechte zu dem Hypothekenbuche anzumelden. Der Appellationsrichter änderte das erste Urtheil indeß nur insoweit ab, daß er dem Kläger im Falle der Ableistung des ihm in erster Instanz auferlegten Eides das Miteigenthum des Kottens nur zu $^4/_5$ zusprach. Das Obertribunal hat auf die Nichtigkeitsbeschwerde der Verklagten das Appellations-Urtheil vernichtet und in der Sache selbst unter Abänderung des ersten Urtheils den Kläger mit der erhobenen Klage abgewiesen. Die

Gründe

insoweit sie hier interessiren, lauten:

Der dem vorigen Richter gemachte Vorwurf einer Verletzung der §§ 4. u. 10. des Hypotheken-Patents vom 22. Mai 1815 erscheint gegründet. Der vorige Richter erwähnt zwar in der geschichtlichen Darstellung des Einwandes der Appellanten, daß die Kläger schon deshalb abgewiesen werden müßten, weil sie gegen die Vorschriften vom 22. Mai 1815 versäumt

Digitized by Google

hätten, ihre etwaigen Rechte zum Hypothekenbuche anzumelden. Er hat aber diesen Einwand bei der Beurtheilung der Sache nicht besonders gewürdigt und nur bemerkt, daß der Kotten zur Zeit des Kontrakts vom 17. Januar 1835 noch nicht in das Hypothekenbuch eingetragen gewesen sei, und der Friedrich T. von den Eheleuten B. keine Rechte auf das Eigenthum an dem Kotten mehr habe erwerben können, die sie selbst nicht mehr besessen hätten, — § 101. der Einleit. zum Allg. Landrecht, — ohne daß der Glaube des Hypothekenbuchs hierin eine Aenderung hätte hervorbringen können. Auf diese Weise konnte jener Einwand nicht beseitigt werden. Denn, nimmt man auch mit dem Appellationsrichter an, der fragliche Kotten oder das dem Adam B. daran zustehende erbliche Nutzungsrecht sei den Eheleuten Heinrich T. durch die mittelst Kontrakts vom 27. Juni 1810 erfolgte Uebertragung des ganzen Vermögens der Eheleute Adam B. von selbst mit übertragen, so mußten doch die Eheleute Heinrich T. dieses ihr vor 1815 erworbenes Nutzungsrecht nach den §§ 3. und 4 des Patents vom 22. Mai 1815 (Ges.-Samml. S. 185.) bei dem Richter der Sache anmelden, und sie konnten sich, wenn sie dies unterließen, nach den §§ 9. 10. und 12. a. a. O. mit einer Vindikationsklage oder mit andern Eigenthums- oder Realansprüchen an den Kotten nur an die Person ihres Schuldners oder an den damaligen Besitzer, falls das Gut noch in dessen Händen war, halten, nicht aber an den dritten Besitzer. Der § 12. a. a. O. lautet:

> Ist das Gut nach dem letzten Dezember 1816 an einen dritten Besitzer veräußert, so haben die, welche ihre Realansprüche anzumelden unterlassen, ihre Rechte gegen das Gut ganz verloren, und dürfen weder der dritte Besitzer, noch die, welche von ihm ihre Rechte herleiten, deshalb im Geringsten beunruhigt oder in Anspruch genommen werden. Der säumige Realgläubiger kann seine Rechte nur gegen seinen Schuldner, dessen Erben und deren sonstiges Vermögen verfolgen.

Digitized by Google

Die vom Kläger jetzt geltend gemachten Ansprüche sind nun aber, ausweise der kombinirten Grundakten, beim Richter der Sache nicht angemeldet. Vielmehr war bis zum Kontrakt vom 17. Januar 1835 von Adam B. nur angezeigt, daß das Haus sein Eigenthum und auf dem Stifts-Grunde erbaut sei, er die Grundstücke aber von der Domäne in Erbpacht habe, sowie von der Königlichen Domänen-Behörde Etwas später, am 18. Dezember 1816, ein Eintragungsgesuch eingereicht worden, worin der neue Eintrag des Markengrundes für die Königliche Domäne nachgesucht, und die Vererbpachtung desselben an Adam B. laut Kontrakts vom 16. Juni 1816 angezeigt wurde. Wenn daher die Eheleute Adam B. nach den §§ 1. und 5. des Kontrakts vom 17. Januar 1835 ihren Kotten am Ahlenberge, wozu sie Grund und Boden von dem Königlichen Fiskus in Erbpacht hätten, mit allem unbeweglichen Zubehör, d. h. dem Grund und Boden und den Gebäulichkeiten des Kottens, dem Friedrich T. zum vollen Eigenthum übertrugen, so war der Friedrich T. durch jene präklusivischen Bestimmungen des Patents, als dritter Besitzer, gegen jede Eigenthums- und Realansprüche, welche die Heinrich T.'schen Eheleute aus dem notariellen Kontrakt vom 27. Juni 1810 in Verbindung mit dem Gewinnbrief von 1782 etwa hätten herleiten und gegen den Adam B., beziehungsweise den Domänen-Fiskus hätten geltend machen wollen, geschützt, ohne daß er nöthig hatte, sich zu dem Ende auf eine dem Kontrakt vom 17. Januar 1835 vorhergegangene Eintragung des Besitztitels für den Adam B. und auf den Glauben des Hypothekenbuchs zu berufen. Der vorige Richter hat daher die gedachten Bestimmungen des Patents vom 22. Mai 1815 durch deren Nichtanwendung verletzt, und nach § 4. Nr. 1. des Gesetzes vom 14. Dezember 1833 rechtfertigt sich mithin die Vernichtung des vorigen Urtheils.

(Zur Sache selbst heißt es sodann unter Anderem:) Da der Kontrakt vom 17. Januar 1835 als ein zur Erlangung

Digitized by Google

des Eigenthums an sich geschickter Titel zu betrachten ist, und Friedrich T. den Kötten auf den Grund desselben ruhig länger als zehn Jahre und zwar, wie vorstehend gezeigt worden ist, redlicher Weise besessen hat, so steht dem Anspruch des Klägers nicht allein, wie bereits oben ausgeführt wurde, die Präklusion in Gemäßheit des Patents vom 22. Mai 1815 §§ 4. 9. 10. und 12. entgegen, ohne daß ihm gegen diese gesetzliche Präklusion selbst die mala fides des späteren Erwerbers zu Statten kommen könnte, Präjudiz Nr. 286. Samml. S. 327., sondern die Verklagten sind auch durch Ersitzung nach § 579. I. 9. des Allg. Landrechts gegen die Klage geschützt.

No. 8. — III. Senat. Sitzung v. 10. Novbr. 1854.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Wesel.

Judikatsklage aus einem Possessorien-Urtheil. — Rechtsmittel gegen dieselbe.

a. Des Nachweises des jüngsten Besitzers bedarf es zur Begründung der Judikatsklage aus einem Possessorien-Urtheil nicht.*

b. Gegen die Judikatsklage aus einem Possessorien-Urtheil sind nur die im Possessorien-Prozeß überhaupt Platz greifenden Rechtsmittel zulässig.

A. L. R. I. 7. §§ 146. 148.; A. G. O. I. 16. § 1., 24. § 3., 28. § 14., 31. § 18.; Verordnung vom 1. Juni 1833 § 1. No. 3. (Gesetz-Sammlung S. 37.)

Der Gutsbesitzer G. war durch das im Possessorienprozesse rechtskräftig ergangene Urtheil vom 14. Juni 1847 im jüngsten Besitze des Rechts geschützt worden, den über das Grundstück

* Vergl. Rechtsfälle neueren Verfahrens, Bd. 3. S. 161.

Digitized by Google

des Ackerwirths v. H. zu seinen Weiden führenden Fußweg zum Hinübertreiben seines Esels zu benutzen. Als dieser Weg jüngsthin von dem v. H. durch ein verschließbares Heck gesperrt wurde, stellte G. wegen dieser Besitzstörung gegen ihn die Judikatsklage aus dem Urtheile vom 14. Juni 1847 an, worauf das entsprechende Mandat am 6. Mai 1854 erlassen wurde. Verklagter legte gegen dasselbe Widerspruch ein; er erachtete namentlich weder den jüngsten ruhigen Besitz des Klägers durch das Judikat vom 14. Juni 1847 für dargethan, noch auch überhaupt eine Besitzstörung für vorliegend. — Der Richter erkannte jedoch auf Vollstreckung des Mandats.

Verklagter erhob die Nichtigkeitsbeschwerde. Er warf dem Richter vor, gegen das Prinzip der rechtskräftigen Entscheidung verstoßen und den § 1. I. 16. der Allgem. Gerichts-Ordnung, so wie die §§ 134. 154. I. 7. des Allgem. Landrechts verletzt zu haben.

Das Ober-Tribunal hat die Nichtigkeitsbeschwerde verworfen.

Gründe:

Die Nichtigkeitsbeschwerde ist zwar an sich statthaft, da wider die Judikatsklage aus einem Possessorien-Urtheil nur dieselben Rechtsmittel zulässig sein können, welche überhaupt im Possessorienprozesse Platz greifen; jedoch erscheint solche im vorliegenden Falle als unbegründet. Denn auf einen Nachweis des jüngsten Besitzes kommt es, weil die Judikatsklage vorliegt, nicht mehr an (vergl. Rechtsfälle neuern Verfahrens Bd. 3. S. 161.), und an der Störung fehlt es insofern nicht, als der vorige Richter annimmt, der Beklagte habe judikatswidrig gehandelt.

Digitized by Google

No. 9. — IV. Senat. Sitzung v. 14. Novbr. 1854.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Bielefeld.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Paderborn.

Verlust der Rechtswohlthat des Inventars.

Der Nachlaßgläubiger, welcher bis zum Ablauf der dem Erben zur Legung des Inventars gesetzlich zustehenden Frist in dem allgemeinen Besitze des Nachlasses sich befunden und dem Erben die zur Anfertigung des Nachlaß-Inventars erforderlichen Materialien nicht an die Hand gegeben hat, kann den letzteren auf den Grund der unterlassenen Legung des Inventars als Erben ohne Vorbehalt nicht in Anspruch nehmen.*

A. L. R. I. 9. §§ 417. 418. 427. 434. 439.

Die Wittwe H. starb am 15. März 1852 als Leibzüchterin auf dem Kolonate und in dem Hause ihres Sohnes, des Kolonen Hermann H., ohne ein Testament errichtet zu haben. Nach Ablauf der Frist zur Legung eines Nachlaß-Inventars erhob der Kolon Hermann H., welcher selbst der mütterlichen Erbschaft zeitig entsagt hatte, gegen die Intestat-Erben seiner Mutter, nämlich seine eigenen, an seine Stelle getretenen minderjährigen Kinder und seine vier Geschwister, von denen eins ebenfalls noch minderjährig war, auf Zahlung einer Nachlaßschuld von 400 Rthlrn. gerichtliche Klage, indem er mit Rücksicht darauf, daß Keiner derselben rechtzeitig ein Inventar gelegt hatte, beantragte: seine Kinder, sowie jedes seiner vier Geschwister, zur Zahlung von 80 Rthlrn. und zwar die drei großjährigen Geschwister ohne Rücksicht auf die Kräfte des Nachlasses zu ver-

* Vergl. Präjudiz No. 1394. v. 18. Dezember 1843, Präjudizien-Sammlung S. 33, Entscheidungen Bd. 11. S. 287.

Digitized by Google

urtheilen. Die beiden Instanz-Richter erkannten diesem Antrage gemäß. Der Appellations-Richter verwarf insbesondere den von den drei großjährigen Mitverklagten erhobenen Einwand, daß Kläger, weil er den Nachlaß der Erblasserin seit deren Tode hinter sich gehabt, ohne sie mit den zur Anfertigung eines Inventars erforderlichen Notizen und Materialien zu versehen, sie wegen unterlassener Einreichung des Inventars als Erben ohne Vorbehalt in Anspruch zu nehmen nicht berechtigt sei.

Die drei großjährigen Miterben beschuldigten in ihrer gegen das Appellations-Urtheil eingelegten Nichtigkeitsbeschwerde den Appellations-Richter, die §§ 417. 418. I. 9. des Allgem. Landrechts, — nach welchem der Erbe, der die Einreichung des Inventars binnen der gesetzlichen Frist unterläßt, für alle an den Nachlaß zu machenden Forderungen auch über die Kräfte desselben hinaus aufkommen muß, — unrichtig angewendet zu haben.

Das Ober-Tribunal hat das Appellations-Urtheil vernichtet und unter Abänderung des ersten Urtheils jeden der drei großjährigen Mitverklagten nur soweit, als sein Erbtheil dazu ausreicht, zur Zahlung von 80 Rthlrn. verurtheilt.

Gründe:

Der Zweck der Legung eines von dem Erben einzureichenden Inventars besteht nach den §§ 434. 439. I. 9. des Allg. Landrechts darin, daß eine genaue und vollständige Uebersicht des betreffenden Nachlasses gewonnen werde, und der Verlust der Rechtswohlthat trifft den Erben, von dem die Einreichung des Inventars versäumt worden, nur mit Rücksicht auf jenen Zweck, der durch die Anfertigung des gedachten Verzeichnisses erreicht werden soll. Befindet sich aber ein Nachlaßgläubiger selbst in dem Besitze des Nachlasses, so ist er auch vorzugsweise in der Lage, von der Beschaffenheit desselben eine vollständige Anschauung gewinnen zu können, und er kann mithin wider den Erben, der die Legung des Inventars unterlassen

Digitized by Google

hat, nicht geltend machen, daß derselbe dieser Unterlassung wegen ihm gegenüber als unbedingter Erbe zu betrachten und zu behandeln sei. Er ist sogar nach § 7. I. 46. der Allgem. Gerichts-Ordnung verpflichtet; dem Erben seinerseits ein Inventarium herauszugeben und Rechnung zu legen, ja er kann hierzu auch, ohne daß es darüber eines förmlichen Prozesses bedarf, durch Exekution angehalten werden. Es steht ihm zwar frei, damit zu warten, bis er durch den Erben zu dem Einen oder dem Andern aufgefordert wird; er muß aber jedenfalls, wenn er sich mit der, die Gewinnung einer vollständigen Uebersicht der Masse bedingenden Arbeit nicht befassen und zugleich in den Stand setzen will, den Erben über die Kräfte der Erbschaft hinaus in Anspruch nehmen zu können, diesem letzteren auch unaufgefordert die zur Aufstellung des vorschriftsmäßigen Inventars erforderlichen Materialien an die Hand geben, indem er sich sonst selbst beizumessen hat, wenn der Zweck der Legung des Inventars nicht erreicht wird. Er ist sogar von dem Vorwurfe des dolus nicht freizusprechen, sobald er im Besitze des Nachlasses sich bis zum Ablaufe der dem Erben zur Einreichung des Inventars gesetzten Frist ganz ruhig und unthätig verhält, um dann auf einmal wider den vorher in keiner Weise durch ihn darauf vorbereiteten Erben als einen solchen, der die Rechtswohlthat verloren habe, einzuschreiten.

Der Kläger ist nach dem Tode seiner Mutter, die bei ihm verstorben, im Besitze, oder was hier gleichviel gilt, in der Gewahrsam ihres Nachlasses geblieben, ohne die Imploranten mit den zur Anfertigung eines Verzeichnisses desselben nöthigen Nachrichten oder Materialien zu versehen, und es fällt mithin dem vorigen Richter allerdings eine unrichtige Anwendung der durch Berufung auf das erste Erkenntniß von ihm in Bezug genommenen §§ 418. 427. I. 9. des Allgem. Landrechts zur Last, wenn er trotz der angegebenen Sachlage den Imploranten unbedingt und ohne Beschränkung auf die Kräfte des Nachlasses der Wittwe H. zur Bezahlung der eingeklagten Forderung für

Digitized by Google

verbunden erachtet, zumal Kläger als natürlicher Vormund seiner Kinder, welche durch seine eigene Entsagung Miterben der Wittwe H. geworden sind, wenigstens in deren Interesse selbst ein Inventarium zu legen verpflichtet gewesen wäre, und er ohne Zweifel auch mit Rücksicht auf dieselben zur Herausgabe des Nachlasses seiner Mutter nicht aufgefordert ist.

Die angefochtene Entscheidung war hiernach zu vernichten, und es ergiebt sich zugleich aus der obigen Ausführung, daß das erste Erkenntniß, wie geschehen, abgeändert werden mußte.

No. 10. – III. Senat. Sitzung v. 17. Nov. 1854.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Birnbaum.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Posen.

Entschädigung wegen einer auf dem verkauften Grundstück haftenden Servitut.

Der Minderwerth des Grundstücks wegen einer auf demselben haftenden, von dem Verkäufer zu vertretenden Servitut besteht, — insofern die Vermuthung, daß der Kaufpreis dem wahren Werthe des Grundstücks entspreche, nicht widerlegt ist, — in dem zwanzigfachen Betrag des jährlichen Mindererertrages des Grundstücks.

A. L. R. I. **11.** §§ 189. 190.

Die Eheleute S. forderten von der Eigenthümerin verehelichten P. Zahlung von 300 Rthlrn. an rückständigen Kaufgeldern eines Grundstücks. — Verklagte wendete ein, daß auf dem verkauften Grundstücke eine ihr erst nach erfolgtem Abschluß des Vertrages bekannt gewordene Servitut hafte, weshalb Kläger für den desfallsigen Minderwerth des Grundstücks auf-

Digitized by Google

kommen müßten. Der Geldwerth des durch die Servitut herbeigeführten jährlichen Minderertrags des Grundstücks wurde von dem sachverständigen D. auf 10 Rthlr. veranschlagt. Der Appellationsrichter verurtheilte hiernach unter Abänderung des ersten Erkenntnisses die Verklagte unbedingt nur zur Zahlung von 50 Rthlr., wegen der übrigen 250 Rthlr. machte er dagegen die Abweisung der Kläger oder die Verurtheilung der Verklagten von der Ableistung oder Nichtableistung eines der letzteren in Betreff ihrer Nichtbekanntschaft mit jener Servitut vor Abschluß des Kaufvertrages auferlegten Eides abhängig. Der Appellationsrichter sah den 25fachen Betrag des Geldwerths jenes jährlichen Minderertrages von 10 Rthlrn. als die der Verklagten eventuell gebührende Entschädigung an.

Das Obertribunal hat auf die von den Klägern eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde das Appellationsurtheil insoweit vernichtet, als bei der Kapitalisirung des festgestellten jährlichen Verlustes der Prozentsatz zu vier und nicht zu fünf Prozent zum Grunde gelegt worden, und demgemäß die Verklagte unbedingt zur Zahlung von 100 Rthlrn. und im Falle der Ableistung des im Appellationsurtheil derselben auferlegten Eides auch zur Zahlung der übrigen 200 Rthlr. verurtheilt, im Falle der Nichtableistung mit diesem Betrage die Kläger abgewiesen. Die

Gründe

lauten, insoweit sie hier von Interesse sind, wie folgt:

Durch das Gutachten des D. ist der Betrag der jährlichen Verminderung des wahren Werths des Grundstücks durch die in Rede stehende Last für festgestellt anzusehen. Da die Vermuthung dafür spricht, daß der Kaufpreis den wahren Werth des Grundstücks feststelle, und Kläger das Gegentheil nicht einmal behauptet haben, so war der Appellationsrichter vollkommen befugt und verpflichtet, das D.'sche Gutachten seiner Entscheidung zum Grunde zu legen. Insoweit war daher die Nichtigkeitsbeschwerde zurückzuweisen. — Dagegen verstößt der

Digitized by Google

Richter allerdings insoweit gegen das Gesetz, als er den jährlichen Minderertrag, den Verlust der Verklagten, mit vier und nicht mit fünf Prozent kapitalisirt. Die §§ 12. ff. II. 6. des Allg. Landrechts passen für den gegebenen Fall ebensowenig, als die von dem Imploranten bezogenen Bestimmungen der Posen'schen landwirthschaftlichen Kredit-Taxordnung vom 6. Juli und 3. Oktober 1840, wohl aber ergiebt sich aus dem § 189. I. 11. des Allg. Landrechts, welcher auch für den Fall des § 190. a. a. O. maaßgebend ist, daß der landübliche Zinsfuß in Frage kommt, wie denn dieser Zinsfuß als allgemeine Regel gilt, von welcher nur durch positive, nicht durch Analogie auszudehnende, gesetzliche Bestimmungen eine Ausnahme festgestellt wird, wie dies bei den älteren Agrargesetzen und der Sportelgesetzgebung der Fall ist.

No. 11. — IV. Senat. Sitzung v. 21. Nov. 1854.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Stadt-Gericht in Breslau.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht daselbst.

Vorzugsrecht der Verwaltungsvorschüsse des Benefizial-Erben.

Der Benefizial-Erbe ist berechtigt, die wirthschaftlich verwendeten Verwaltungs-Vorschüsse, sie mögen vor oder nach Eröffnung des erbschaftlichen Liquidations-Prozesses entstanden sein, bei der Revenüen- und Haupt-Immobiliar-Masse vorweg in Abzug zu bringen.*

A. L. R. I. **9**. §§ 443. 444. 446., **16**. §§ 486. ff.; A. G. O. I. **51**. §§ 87. 89. No. 4., **50**. §§ 161. 488. 496. litt. c. § 511.; Lex 22. § 9. Cod. de jure delib. **6**. 30.; Subhastations-Verordnung vom 4. März 1834 § 16. (Gesetz-Sammlung S. 39.); Verordnung vom 28. März 1840. (Gesetz-Sammlung für 1841 S. 4.)

* Den obigen Rechtssatz können wir nicht als richtig anerkennen. Allerdings ist der Benefizialerbe befugt, die aus seinem Vermögen in den Nach-

Digitized by Google

Der Oekonomie-Kommissar G. nahm bei der Vertheilung der Kaufgelder des zum Nachlasse des verstorbenen Kammerraths G. gehörigen Grundstücks für die von ihm als Benefizialerben vor eröffnetem erbschaftlichen Liquidationsprozesse während seiner Verwaltung dieses Grundstücks verwendeten Vorschüsse das Vorzugsrecht ante omnes in Anspruch. Dies Vorzugsrecht wurde ihm von dem Kaufmann B. als Hypothekengläubiger bestritten. — Der Appellationsrichter sprach dem G. das beanspruchte Vorzugsrecht zu, und das Ober-Tribunal hat die gegen diese Entscheidung von dem B. eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde verworfen — aus nachstehenden

Gründen:

Dem Benefizialerben steht allerdings Eigenthum an dem Nachlasse zu. Das Gesetz — § 443. I. 9. des Allg. Landrechts — bezeichnet ihn aber als eingeschränkten Eigenthümer. Hierbei kommt seine Dispositionsbefugniß über Nachlaßstücke, wie solche durch den § 446. a. a. O. und rücksichtlich der Immobilien neuerlich durch die Verordnung vom 28. März 1840 bestimmt ist, nicht weiter in Betracht. Der Sinn und Zweck der allegirten Vorschrift geht dahin, beide Vermögensmassen getrennt zu halten, dem Interesse des Erben gemäß nicht mehr

laß verwandten Verwaltungs-Vorschüsse erstattet zu verlangen, wenn sie auch vor Eröffnung des erbschaftlichen Liquidationsprozesses gemacht sind. Verschieden hiervon ist indessen die Frage, ob er, wenn demnächst der erbschaftliche Liquidationsprozeß eröffnet wird, seine Vorschüsse aus der Revenüen- und Immobiliar-Masse vorweg und namentlich vor den Hypothekengläubigern, so daß letztere den etwaigen Ausfall zu tragen haben, erstattet verlangen kann. Diese Frage muß unseres Erachtens verneint werden, weil kein Gesetz ein solches Vorrecht dem Benefizialerben einräumt, — er kann namentlich seine vor Eröffnung des erbschaftlichen Liquidationsprozesses geleisteten Vorschüsse nicht ante omnes fordern, weil, so lange der erbschaftliche Liquidationsprozeß noch nicht eröffnet war, von einem Kontrahiren mit der Kredit-Masse (§ 269. I. 50. der Allg. Gerichtsordnung) nicht geredet werden konnte. Der Benefizialerbe, welcher vor Eröffnung des erbschaftlichen Liquidationsprozesses die Nachlaßmasse verwaltet und Vorschüsse geleistet hat, steht vielmehr jedem andern Verwalter einer fremden Sache gleich, welcher wegen seiner vor Eröffnung des Konkurses geleisteten Vorschüsse nur einen nicht privilegirten Anspruch an den Gemeinschuldner hat.

Digitized by Google

an die Nachlaßgläubiger zu bezahlen, als er aus der Erbschaft empfangen hat, und andererseits im Interesse der Kreditoren den vollen Betrag des Nachlasses zu ihrer Befriedigung in der gesetzlichen Ordnung verwandt zu sehen, — vergl. die §§ 486. ff. I. 16. des Allg. Landrechts, nach welchen die Konfusion von Forderungsrechten zwischen dem eigenen Vermögen des Erben und dem nur unter der Rechtswohlthat des Inventars angetretenem Nachlasse nicht eintritt, und den § 89. Nr. 4. I. 51. der Allg. Gerichts-Ordnung, welcher dem Erben das jus subintrandi nach §. 161. I. 50. daselbst beilegt. So heißt es auch im Lex 22. § 9. Cod. 6. 30. de jure delib.: si vero et ipse (heres) aliquas contra defunctum habebat actiones, non hae confundantur, sed similem cum aliis creditoribus per omnia habeat fortunam.

Der Erbe soll den Nachlaß den Gläubigern voll und ungeschmälert zu ihrer Befriedigung gewähren. Er ist aber nicht verpflichtet, dazu aus eigenen Mitteln beizutragen, sofern er hierzu nicht durch besondere Handlungen oder Unterlassungen speziellen gesetzlichen Grund gegeben hat. Unter der ganzen herauszugebenden Erbschaft sind ohne Zweifel auch die Nutzungen begriffen. Dies Alles bleibt sich gleich, der Erbe mag nun die Theilung des Nachlasses nach gesetzmäßiger Ordnung selbst bewirken, was ihm nach den §§ 452–454. I. 9. des Allg. Landrechts, § 57. I. 51. der Allg. Gerichtsordnung freisteht, oder nach § 455. I. 9. des Allg. Landrechts auf Eröffnung des erbschaftlichen Liquidatidns-Prozesses provoziren und letzteren Falls nach der Regel der §§ 69. ff. I. 51. der Allg. Gerichts-Ordnung Besitz und Administration des Nachlasses behalten, oder nicht. Es ist hier namentlich kein Unterschied gerechtfertigt zwischen der Zeit, in welcher der Erbe vor Eröffnung des erbschaftlichen Liquidations-Prozesses die Verwaltung geführt hat, und der Zeit nachher. Für beide Zeiträume ist auf gleiche Weise nach § 444. I. 9. des Allg. Landrechts Rechenschaft abzulegen, und man kann nicht sagen, daß der Erbe während des erstern

Digitized by Google

für sich, zu eigenem Nutzen und Schaden, verwaltet habe. Dies verkennt der Implorant, indem er für den einzelnen Fall — d. h. für einzelne Verwaltungsmaaßregeln — den Nachweis eines Vortheils der Gläubiger begehrt. Hat er an der Verwaltung Etwas auszustellen, so gehört dies in das für die Feststellung der Höhe der Forderung offen gelassene separatum.

Daß die Verwaltungsvorschüsse des Benefizialerben noch speziell in dem § 496. unter b. c. und § 511. I. 50. der Allg. Gerichts-Ordnung (vergl. § 269.) aufgeführt sind, berechtigt nicht, das Vorzugsrecht, welches die allegirten Vorschriften den Verwaltungskosten allgemein dergestalt gewähren, daß solche sowohl bei den Revenüen als bei der Haupt-Immobiliar-Masse vorweg abgezogen werden dürfen, dem Kläger auf Grund des im § 488. a. a. O. enthaltenen Verbots der analogischen Anwendung der in der Klassifikationsordnung festgesetzten Vorrechte abzusprechen. Der Kläger hat die gemachten Verwaltungs-Ausgaben, mag er momentan sich dabei als Eigenthümer oder Verwalter betrachtet haben, immer für fremde Rechnung gemacht, nachdem er in den Fall gekommen ist, den Gegenstand der geführten Verwaltung, die Erbschaft mit ihren Erträgen, herauszugeben. Sein Eigenthumsrecht als Erbe kann ihm nicht zu dem Zwecke, seinen Verwendungen die Eigenschaft als Verwaltungskosten im Sinne des allegirten Gesetzes zu bestreiten, entgegengesetzt werden, ohne zu der exorbitanten Folgerung zu gelangen, daß er überhaupt den Brutto-Ertrag der Erbschaft den Gläubigern zu gewähren und die Administration ex propriis zu führen habe. Allerdings muß er wirthschaftlich verwalten; dieser Satz aber berührt das in Frage stehende Prinzip nicht, und gehört wiederum jede Erinnerung in dieser Beziehung zur Monitur gegen die Verwaltungs-Rechnung. Jeder Zweifel wird durch den § 87. I. 51. der Allg. Gerichts-Ordnung behoben, worin anerkannt ist, daß der Benefizialerbe seine bei der Administra-

Digitized by Google

tion des Prozesses gemachten baaren Auslagen und Vorschüsse liquidiren könne, also wie regulariter ein Verwalter oder negotiorum gestor betrachtet wird, — vergl. § 109. I. 14. des Allg. Landrechts, § 76. daselbst, §§ 65. 241. I. 13. daselbst. Daß die Verordnung über den Subhastations- und Kaufgelder-Liquidationsprozeß vom 4. März 1834, an welche sich die Verordnung vom 28. Dezember 1840 über die Befreiung der Hypothekengläubiger von der Einlassung in den Konkurs- oder erbschaftlichen Liquidations-Prozeß anschließt, den Benefizialerben unter den bei der Kaufgeldervertheilung zuzuziehenden Gläubigern nicht speziell aufführt, bezeichnet der Appellations-Richter mit kurzen Worten als unerheblich; ganz mit Recht. Denn, was überhaupt zu vertheilen ist, stellt sich erst nach Abzug der vorab zu bezahlenden Administrations-Kosten fest, welche noch über den Realgläubigern der zweiten Klasse stehen, — auch diese sind im § 16. a. a. O. nicht ausdrücklich benannt, und doch ist ihr Zutritt bei der Kaufgeldervertheilung niemals bezweifelt worden.

No. 12. — IV. Senat. Sitzung v. 23. Novbr. 1854.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Wehlau.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Königsberg.

Freie Wahl der Schiedsrichter.

Ein gerichtlicher Zwang zur Wahl der Schiedsrichter findet auf den Grund eines Vertrages, nach welchem die Parteien der Entscheidung von beiderseits zu wählenden Sachverständigen sich unterwerfen zu wollen sich verpflichtet haben, nicht statt.

A. G. O. I. 2. §§ 167. ff.; A. L. R. I. 5. § 125.*

* Vergl. Archiv für Rechtsfälle Bd. 3. S. 48., Bd. 6. S. 128.; Code de procédure art. 1006.

Digitized by Google

In dem schriftlichen Vertrage vom 10. April 1852, mittelst welchem der Gutsbesitzer L. der Baukommission der Kirchengemeinde zu C. gegenüber zu dem Bau des Pfarrhauses daselbst 55,000 Ziegel zu 10 Rthlr. und 13,300 Bieberschwänze zu 10 Rthlr. für 100 Stück zu liefern übernahm, verzichteten zugleich beide Theile auf richterliche Entscheidung in Streitsachen und unterwarfen sich der Entscheidung von, von beiden Theilen zu wählenden Sachverständigen. Nachdem L. auf Grund dieses Vertrages Lieferungen gemacht und eine Theilzahlung erhalten hatte, nahm er die Mitglieder der Baukommission auf Zahlung seines Restguthabens gerichtlich in Anspruch. — Die Verklagten erhoben den Präjudizialeinwand der Unzulässigkeit des gerichtlichen Verfahrens, indem sie jenes Uebereinkommen für einen rechtsgültigen Kompromißvertrag erachteten. — Das Gericht erster Instanz hielt den Einwand der Inkompetenz für begründet und wies daher den Kläger ab. Das Gericht zweiter Instanz bestätigte diese Entscheidung. Das Obertribunal hat auf die Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers das Appellationsurtheil vernichtet und unter Abänderung des ersten Urtheils den Präjudizialeinwand verworfen.

Gründe:

Der Appellationsrichter gründet seine Entscheidung auf die Ansicht, daß die Urkunde vom 10. April 1852 ein rechtsbeständiges Kompromiß enthalte. Hierdurch verkennt er aber, wie der Implorant mit Recht rügt, die Erfordernisse eines Kompromißvertrages. Die betreffende Stelle der Urkunde vom 10. April 1852 lautet dahin:

> Beide Theile verzichten auf richterliches Erkenntniß in Streitsachen, sondern unterwerfen sich der Entscheidung von, von beiden Theilen zu wählenden Sachverständigen.

Es fehlt sonach nicht nur an jeder Bezeichnung der zu wählenden Sachverständigen, sondern auch an jeder Verabredung darüber, welche Personen als Schiedsrichter eintreten

Digitized by Google

sollen, wenn der eine oder der andere Theil die Wahl ablehnen sollte. Vom Obertribunal ist nun aber bereits mehrfach der Grundsatz zur Geltung gebracht, daß ein Abkommen keine rechtliche Wirkung hat, in welchem die Schiedsrichter nicht zum Voraus benannt sind, oder worin der Weg, auf welchem das Schiedsgericht zu Stande kommen soll, nicht dergestalt vorgezeichnet ist, daß jede Partei das Schiedsgericht unabhängig von dem Willen der andern ins Leben rufen kann. Vergl. Entscheidungen Band 10. Seite 241.; Archiv für Rechtsfälle Band 3. S. 48., Band 6. Seite 128.

Diesen Grundsatz zu verlassen, sind keine überzeugenden Gründe beigebracht. Ein Schiedsgericht setzt vor Allem einen oder mehrere Schiedsrichter voraus. Diese können entweder im Voraus bestimmt, oder ihre Bezeichnung kann der Zukunft vorbehalten sein. Die erste Alternative wird unter Privatpersonen und für bestimmte Rechtsverhältnisse die Regel bilden müssen, wie dann auch z. B. die Rheinische Civil-Prozeßordnung, welche diese Materie sehr ausführlich behandelt, im Artikel 1006. verordnet, daß die Kompromißurkunde bei Strafe der Nichtigkeit die Namen der Schiedsrichter enthalten muß. Als Ausnahme dieser Regel wird nun zwar nach allgemeinen Grundsätzen auch ein Abkommen, welches die Bezeichnung der Schiedsrichter der Zukunft vorbehält, dann für rechtsbeständig zu erachten sein, wenn diese Bestimmung entweder von dem Eintritt eines unfehlbar zu erwartenden Ereignisses, oder von der Entscheidung eines bestimmten Dritten abhängig gemacht ist. Sollen die Parteien zur Wahl befugt sein, und ist nicht zugleich verabredet, was geschehen soll, wenn die eine Partei die Wahl ablehnt oder versagt, so liegt ein bloßes Abkommen über einen künftig zu schließenden Kompromißvertrag vor. Der Appellations-Richter ist nun zwar der Ansicht, daß Nichts im Wege stehe, den sich der Wahl eines Schiedsrichters weigernden Kontrahenten vom ordentlichen Richter dazu verurtheilen, und das Urtheil nöthigenfalls durch Personalarrest zur Vollstreckung

Digitized by Google

bringen zu lassen; er übersieht aber dabei zweierlei: zunächst den Widerspruch, welchen es enthalten würde, wenn ein Schiedsgericht, welches zur Verwendung gerichtlicher Streitigkeiten bestimmt ist, erst nach vorgängigem Prozesse durch gerichtlichen Zwang ins Leben gerufen werden sollte, und außerdem, daß ein bloßes Abkommen, künftig einen Vertrag schließen zu wollen, nach § 125. I. 5. des Allg. Landrechts der Klagbarkeit überhaupt entbehrt, wenn ihm wesentliche Bedingungen des Rechtsgeschäfts fehlen. Die Entscheidung zweiter Instanz mußte daher insoweit, als sie auf Grund der Urkunde vom 10. April 1852 das gerichtliche Verfahren für ausgeschlossen erklärt, vernichtet werden.

No. 13. — II. Senat. Sitzung v. 23. Novbr. 1854.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Neu-Ruppin.
Gericht II. Instanz: Kammer-Gericht.

Gültigkeit des in einer außerordentlichen Versammlung ohne vorherige Einladung sämmtlicher Mitglieder der Gemeinde gefaßten Gemeinde-Beschlusses.

a. Zur Gültigkeit des in einer außerordentlichen Versammlung der Gemeinde gefaßten Gemeindebeschlusses ist die vorherige Einladung sämmtlicher Mitglieder der Gemeinde nicht unbedingt erforderlich, vielmehr wird durch die wirkliche Anwesenheit aller Mitglieder der Mangel der Einladung in allen Fällen beseitigt, in welchen als wesentlicher Zweck der Einladung nicht die Nothwendigkeit der besonderen Vorbereitung seitens der Mitglieder für die Berathung anzunehmen ist.

A. L. R. II. 6. §§ 52-56.

Digitized by Google

b. Die Vorschriften der §§ 193-195. II. 8. des Allgemeinen Landrechts sind nur auf Handwerkerzünfte, mithin nicht auf Ackergilden, zu beziehen.

A. L. R. II. 8. §§ 193-195.

Der Stadtschäfer S. behauptete, von der Ackergilde zu Neu-Ruppin in deren außerordentlicher Versammlung vom 13. Februar 1848 als Schäfer einstimmig gewählt worden zu sein, und forderte deshalb von dem Ackerbürger G. daselbst als Mitglied der Gilde für die von demselben in den Jahren 1849 bis 1851 durch einen Privatschäfer auf der Neu-Ruppiner Feldmark gehüteten Schaafe das vertragsmäßige Hüterlohn von 206 Rthlrn. 20 Sgr. — Der Verklagte widersprach dieser Klage. Er erachtete insbesondere den Gildenbeschluß vom 13. Februar 1848 nicht für rechtsgültig, weil nicht sämmtliche Mitglieder der Gilde zu der betreffenden Versammlung ausdrücklich eingeladen worden seien. — Der Richter erster Instanz wies den Kläger ab. Der Richter zweiter Instanz verurtheilte den Verklagten, dem Kläger das vertragsmäßige, seinem Betrage nach in einem besonderen Verfahren festzustellende, Hüterlohn zu zahlen.

Das Ober-Tribunal hat die von dem Verklagten erhobene Nichtigkeitsbeschwerde verworfen und diese Entscheidung auf nachstehende

Gründe

gestützt.

Der Appellations-Richter stellte unangefochten fest: es sei unbestritten, daß alle Mitglieder der Ackergilde zu Neu-Ruppin — den Verklagten allein ausgenommen — der Versammlung am 13. Februar 1848 beigewohnt und den Kläger zum Schäfer bestellt haben, und erachtete die streitige Thatsache: ob der Verklagte zu dieser Versammlung eingeladen worden, für dargethan, weil derselbe den ihm darüber angetragenen Eid nicht

Digitized by Google

habe ableisten wollen. Hiernach kann aber vom Appellations-Richter nicht wider die Vorschriften in den §§ 52–56. II. 6. des Allgem. Landrechts dadurch gefehlt sein, daß er einen Gemeindebeschluß für rechtsgültig erachtet, der in einer außerordentlichen Versammlung gefaßt, ohne daß dargethan sei, daß sämmtliche Mitglieder dazu ausdrücklich eingeladen worden. Denn in den als verletzt bezeichneten Gesetzstellen ist keine Bestimmung enthalten, die zur Annahme berechtigte, es sei wider die Natur der Sache, die Gültigkeit eines Beschlusses absolut von der Einladung zu der betreffenden außerordentlichen Versammlung bedingt. Das Gegentheil erhellt vielmehr daraus, daß nach § 55. d. a. O. auch bei außergewöhnlichen Vorfällen in außerordentlichen Versammlungen ein gültiger Beschluß gefaßt werden kann, auch wenn bei der Einladung eine ausdrückliche Bekanntmachung des Gegenstandes der Berathschlagung nicht geschah, wofern nur alle Mitglieder vorgeladen, und zwei Drittel derselben in der Versammlung anwesend waren. Es könnte aber nur dann einen Sinn haben, die effektive Anwesenheit in der Versammlung nicht für ausreichend zu erachten, den Mangel der Einladung zu beseitigen, wenn als wesentlicher Zweck der letzteren auch die Nothwendigkeit für die Mitglieder, sich für die Berathung besonders vorzubereiten, anzunehmen wäre. Daß aber der Gesetzgeber von dieser Voraussetzung nicht ausgegangen ist, erhellt daraus, daß von ihm die Bekanntmachung des Gegenstandes der Berathung bei der Vorladung nicht unbedingt, und keine Zeitfrist zwischen beiden Akten angeordnet worden ist. Die Bestimmung im § 56. a. a. O. insbesondere:

> Ist die Einladung nicht gehörig geschehen, oder in dem Falle des § 55. nicht die erforderliche Anzahl von Mitgliedern gegenwärtig gewesen, so ist ein dennoch abgefaßter Schluß nichtig, —

kann daher auf einen Fall nicht passen, wo alle Mitglieder

Digitized by Google

außer einem in der Versammlung anwesend waren, und der eine Ausgebliebene gehörig dazu vorgeladen war.

Der Implorant behauptet zwar auch, nach dem Zeugnisse des Feldhüters N. in der gerichtlichen Verhandlung vom 12. März 1852 seien nur diejenigen Mitglieder der Ackergilde, welche damals Schaafe gehalten, zur beregten Versammlung eingeladen worden, und der Appellations-Richter habe, indem er diesen, nach § 56. a. a. O. die Gültigkeit des Gemeindebeschlusses bedingenden Umstand nicht erwähnt, eine wesentliche Prozeßvorschrift nach Art. 3. No. 4. der Verordnung vom 6. April 1839 verletzt. Allein wiewohl die bezeichnete Thatsache wirklich omittirt wurde, so ist sie doch keine für die Entscheidung erhebliche, und ihre Nichterwähnung begründet daher die Nichtigkeitsbeschwerde nicht, da der Appellations-Richter thatsächlich unangefochten feststellte, daß alle Mitglieder der Ackergilde, folglich nicht blos die, welche Schaafzucht trieben, mit Ausnahme des Verklagten, in der Versammlung erschienen sind. — Erfolglos erscheint ferner der Angriff, daß der Appellations-Richter die rechtliche Natur einer Zunft verkannt und wider die §§ 193–195. II. 8. des Allgem. Landrechts gefehlt, indem er trotz der Abwesenheit des Beisitzers der Gilde einem in deren Versammlung gefaßten Beschlusse Gültigkeit beigemessen. Denn die bezeichneten Gesetzstellen betreffen nur Handwerkerzünfte, sind mithin auf Gesellschaften zu anderen Zwecken nicht auszudehnen, und der Vorwurf, daß der Richter die rechtliche Natur einer Zunft unrichtig aufgefaßt, kann denselben nicht treffen, da er der sogenannten Ackergilde zu Neu-Ruppin keinen besonderen Charakter beilegte, auch keine Umstände dargethan waren, welche es nöthig gemacht hätten, den fraglichen Gegenstand jenes Beschlusses aus einem andern Gesichtspunkte, denn als eine innere Angelegenheit einer Korporation, in Betracht zu ziehen.

Digitized by Google

No. 14. — III. Senat. Sitzung v. 27. Novbr. 1854.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Seehausen.

Verkauf von Stroh und anderen Dungmitteln seitens des Altentheilsberechtigten.

Die Bestimmung des § 451. I. 21. des Allg. Landrechts, nach welchem dem Pächter die Wegführung und der Verkauf von Stroh und andern Dungmitteln untersagt ist, findet auf den Altentheilsberechtigten keine Anwendung.

A. L. R. I. **21.** § 451., **11.** § 602.

Der Altsitzer H. war von dem Ackersmann B. gewaltsam gehindert worden, das auf den Altentheils-Grundstücken gewonnene Stroh und Klee von dem belasteten Hofe fortzuschaffen. Er klagte deshalb gegen den B. wegen Besitzstörung. — Verklagter wandte unter Anderm ein, daß er zu der vorgenommenen Handlung berechtigt sei, weil Kläger keine Dungmittel von dem Hofe wegführen dürfe. — Der erste Richter verurtheilte den Verklagten nach dem Klageantrage, und das Ober-Tribunal hat die von dem Verklagten eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde verworfen.

Gründe:

Will man die Nothwendigkeit der Verwendung der von dem Altentheilsberechtigten gewonnenen Früchte zum Wirthschafts-Bedarf in dem vorliegenden Prozesse überhaupt in Betracht ziehen, so ist zwar dem Pächter zufolge § 451. I. 21. des Allg. Landrechts die Wegführung und der Verkauf von Stroh und anderen Düngmitteln untersagt, nicht aber dem Nießbraucher und Altentheilsberechtigten; wenigstens besagen die vom Imploranten allegirten Gesetzesstellen Nichts davon. Sonach zerfällt die Beschwerde.

Digitized by Google

No. 15. — I. Senat. Sitzung v. 29. Novbr. 1854.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Perleberg.
Gericht II. Instanz: Kammergericht.

Verpflichtung zu den Kosten der Küsterhaus- und Schulhaus-Bauten überhaupt und insbesondere in der Mark Brandenburg.

a. Dient das Küsterhaus zugleich zum Schullokal, so treten hinsichtlich der Kosten zu Bauten und Reparaturen desselben die bei Pfarrgebäuden geltenden Vorschriften ein, auch wenn der Bau lediglich zu Schul-Zwecken vorgenommen wird.

Das Märkische Provinzialrecht enthält keine von dem vorstehenden Grundsatze abweichende Bestimmung.*

A. L. R. II. 12. § 37.; Gesetz v. 21. Juli 1846 § 3. (Gesetz-Sammlung S. 392.)

b. Unter dem Ausdruck: „gemeine Last" in dem § 34. II. 12. des Allgem. Landrechts ist nicht eine aus dem Gemeinde-Verbande hervorgehende, sondern nur eine allen einzelnen Verpflichteten gemeinschaftlich obliegende Last zu verstehen.**

A. L. R. II. 12. § 34.

Auf dem Kantorgehöfte im Dorfe Kietz in der Mark Brandenburg wurden im Jahre 1851 auf Anordnung der Königlichen Regierung in Veranlassung der Vermehrung der Schuljugend verschiedene Bauten vorgenommen, insbesondere wurde die Wohnung des Küsters und gleichzeitigen Schullehrers für die Gemeinden Kietz und Unbesandten theilweise neu verschwellt, die bisherige Schulstube zu einer zweiten Wohnstube für den

* Vergl. v. Scholz und Hermensdorf, Provinzialrecht der Kurmark Brandenburg Bd. 2. S. 366. 367.

** Vergl. Präjudiz No. 1356. vom 23. Oktober 1843, Präj.-Samml. Seite 209.

Digitized by Google

Kantor eingerichtet, und dagegen der bisherige Kuhstall und eine Kammer in eine Schulstube umgeschaffen, und ein neuer Kuhstall angebaut. Das Kantorat in Kietz, als Küsterei, ist der ganzen, aus den Gemeinden Kietz, Unbesandten und sechs anderen Gemeinden bestehenden Parochie Lenzerwische gemeinschaftlich, während die Schulgemeinde in Kietz nur von den Dörfern Kietz und Unbesandten gebildet wird. Es wurden daher die Kosten der Verschwellung der Kantorwohnung und der Einrichtung der seitherigen Schulstube als zweite Wohnstube des Kantors als Küstereibauten von sämmtlichen zur Parochie gehörigen acht Gemeinden aufgebracht, während die Kosten der übrigen Bauten, als Bauten zu reinen Schulzwecken, von den Gemeinden Kietz und Unbesandten allein aufzubringen waren. Unter den Mitgliedern der beiden zuletzt genannten Gemeinden entstand über das Verhältniß, nach welchem die Kosten der Bauten zu reinen Schulzwecken aufzubringen seien, Streit. Die Halbhüfner, Kossäthen und Käthner behaupteten, daß die Unterhaltung des Schulgebäudes und die Neubauten desselben nach den §§ 30. 31. II. 12. des Allg. Landrechts eine Gemeindelast sei und demgemäß, wie andere Kommunallasten, von den verschiedenen Klassen der beiden Gemeinden getragen werden müßten. Die Gemeindeabgaben in Kietz würden aber observanzmäßig in der Art aufgebracht, daß ein Vollhüfner einen vollen Betrag, ein Halbhüfner oder Halbbauer die Hälfte, ein Kossäth ein Viertel, ein Käthner ein Achtel derselben beisteuere, während in Unbesandten observanzmäßig ein Vollbauer einen vollen Beitrag, ein $^3/_4$ Hüfner $^{10}/_{12}$, ein Halbbauer $^8/_{12}$ und ein Kossäth $^4/_{12}$ des Beitrages eines Vollhüfners zu den Gemeindelasten zahle; Käthner sind in Unbesandten nicht vorhanden.

Die Halbhüfner, Kossäthen und Käthner zu Kietz und Unbesandten verlangten daher von den Vollhüfnern zu Kietz und den Vollhüfnern und Dreiviertelhüfnern in Unbesandten, daß in vorstehender Art die fraglichen Kosten aufgebracht würden.

Digitized by Google

Die Richter erster und zweiter Instanz wiesen die Kläger ab.

Die Kläger erhoben die Nichtigkeitsbeschwerde. Sie warfen dem Appellationsrichter vor, den Grundsatz des Märkischen Provinzialrechts durch Nichtanwendung verletzt zu haben:

daß die Unterhaltung von Schulgebäuden als solchen den zur Schule gewiesenen Gemeinden obliege, und die einzelnen Gemeindeglieder zu dieser Gemeindelast wie zu jeder anderen Gemeindelast beizutragen verpflichtet seien.

Das Ober-Tribunal hat die Nichtigkeitsbeschwerde verworfen.

Gründe:

Das Märkische Provinzialrecht unterscheidet ebenso, wie das Allg. Landrecht, den Fall, wo das Küsterhaus zugleich zum Schullokale dient, und den, wo ein besonderes Schulhaus, das nicht zugleich Küsterwohnung ist, sich vorfindet. Im ersteren Falle treten, wie auch im § 37. II. 12. des Allg. Landrechts vorgeschrieben ist, hinsichtlich der Kosten zu Bauten und Reparaturen die nämlichen Vorschriften ein, wie bei Pfarrgebäuden, und das Provinzialrecht macht dabei keinen Unterschied, ob der Bau lediglich zu Schulzwecken vorgenommen worden, oder nicht.

Da nun im vorliegenden Falle feststeht, daß das Schullokal zugleich die Küsterwohnung ist, so kann aus dem Provinzialrechte nicht hergeleitet werden, daß bei Bauten und Reparaturen dieses Küsterhauses, die blos zu Schulzwecken geschehen, andere Grundsätze, als die für Küsterbauten geltenden, namentlich aber diejenigen eintreten müßten, die in dem Falle Anwendung finden, wo es sich um den Bau oder die Reparatur eines besonderen Schulhauses handelt. Es erledigt sich daher nicht nur dieser Beschwerdepunkt, sondern dadurch zugleich die fernere Behauptung der Imploranten, daß der Appellationsrichter die Bestimmung des § 37. No. 4. II. 7. des Allg. Landrechts verletzt habe, nach welcher der Bau und die Besserung gemeinschaftlicher Dorfgebäude der Dorfgemeine

Digitized by Google

obliegt und zu den Gemeindelasten gezählt wird, indem ein Küstereigebäude keineswegs als ein gemeinschaftliches Dorfgebäude angesehen werden kann, sondern der Kirchengemeine gehört.

Nun behaupten zwar Imploranten noch, daß der von ihnen bezeichnete provinzialrechtliche Grundsatz jedenfalls mit Rücksicht auf die Bestimmungen des Gesetzes vom 21. Juli 1846 insofern zur Anwendung gebracht werden müsse, als dies Gesetz für den Fall, daß Bauten und Reparaturen am Küsterhause lediglich oder theilweise blos zu Schulzwecken vorgenommen werden, und soweit die Kosten blos Schulzwecke betreffen, im § 3. festsetze:

> In einem solchen Falle sind vielmehr diejenigen, welchen in Ermangelung eines Küsterhauses der Bau und die Unterhaltung einer gemeinen Schule am Orte obliegen würde, verpflichtet, jene Bauten nöthigenfalls durch Herstellung besonderer Gebäude auszuführen und auch künftig zu unterhalten.

Wenn nun, deduziren die Imploranten, nach Märkischem Provinzialrechte die Ortsgemeine ein vorhandenes besonderes Schulgebäude zu bauen und zu unterhalten verpflichtet sei, und demgemäß die Beiträge zu den dazu erforderlichen Kosten in eben der Art, wie andere Gemeindelasten, aufgebracht werden müßten, so habe der Appellationsrichter, wenn er dennoch die Kläger mit ihrem dahin gerichteten Antrage abweise, und, statt die obengedachten provinzialrechtlichen Grundsätze zur Anwendung zu bringen, seine Entscheidung auf § 34. II. 12. des Allg. Landrechts stütze, sowohl den § 3. des Gesetzes vom 21. Juli 1846 verletzt, als den § 34. II. 12. unpassend angewendet.

Diese Beschwerde würde begründet erscheinen, wenn die Voraussetzungen, von welchen Imploranten dabei ausgehen, richtig wären. Allein dies ist nicht der Fall.

Zunächst nämlich ist eine ausdrückliche provinzialrechtliche

Digitized by Google

Vorschrift darüber, daß zu Bauten und Reparaturen eines besonderen Schulhauses, welches nicht zugleich Küsterwohnung ist, die Ortsgemeine als solche verpflichtet sei, nicht vorhanden, und wenn es schon richtig ist, daß bei den älteren und neueren ständischen Berathungen über das Märkische Provinzialrecht von den Ständen bemerkt worden ist, daß in diesem Falle die Ortsgemeinde observanzmäßig ohne Konkurrenz des Patrons die Bauten und Reparaturen zu besorgen habe, und darauf der § 636. des Entwurfs zum Märkischen Provinzialrechte gestützt worden ist, so folgt doch — abgesehen davon, daß das Vorhandensein einer solchen allgemeinen Observanz nicht näher motivirt ist, — daraus noch nicht, daß die Leistung der Beiträge der Gemeindemitglieder zu Kosten dieser Art, insbesondere in dem hier vorliegenden ein Küsterhaus betreffenden Falle, nach demselben Verhältnisse erfolgen müsse, wie bei Aufbringung der Gemeindelasten überhaupt, und namentlich ist es unrichtig, wenn Imploranten dies gleichfalls als einen durch Observanz provinzialrechtlich festgestellten Grundsatz ansehen wollen. Das Provinzialrecht enthält vielmehr über diesen Punkt gar Nichts, und in der ständischen Berathungsverhandlung vom 25. November 1836 (Gedruckte Verhandlungen Heft I. S. 129.) ist es übereinstimmend von sämmtlichen Deputirten anerkannt worden:

> daß weder das geschriebene noch das Gewohnheitsrecht der Provinz irgend einen Maaßstab an die Hand gebe, nach welchem die Beitragspflichtigkeit der Verpflichteten festgestellt werden könne.

Der Appellationsrichter hat daher mit Recht angenommen, daß in Ermangelung provinzialrechtlicher Normen nur auf die gesetzlichen allgemeinen Vorschriften über die Aufbringung von Beiträgen zu Schulbauten — namentlich § 34. II. 12. des Allg. Landrechts — zurückgegangen werden müsse, nach welcher in Verbindung mit dem § 31. daselbst die Beiträge unter die Hausväter nach Verhältniß ihrer Besitzungen und Nahrungen aus-

Digitized by Google

geschrieben werden sollen; — und damit erledigt sich dann die ganze Beschwerde der Imploranten. Denn die Entscheidung des Appellationsrichters beruht nicht darauf, daß die Beiträge zu den hier in Rede stehenden Bauten nicht von den Ortsgemeinden zu tragen seien, sondern lediglich darauf, daß der Antrag der Kläger, diese Beiträge nach eben dem Verhältniß, wie bei Gemeindelasten festzustellen, unter allen Umständen unbegründet sei und deshalb zurückgewiesen werden müsse.

Nun haben zwar Imploranten diesen Hauptentscheidungsgrund auch noch mit der Behauptung angegriffen, daß gerade der vom Appellationsrichter allegirte § 34. II. 12. des Allg. Landrechts die Unterhaltung der Schulgebäude für eine Gemeindelast erkläre, und namentlich der darin gebrauchte Ausdruck „als gemeine Last“ nicht anders verstanden werden könne. Allein auch diese Ansicht ist unrichtig. Denn der Ausdruck „gemeine Last“ bezeichnet nach dem ganzen Zusammenhange der betreffenden gesetzlichen Vorschriften und nach dem Sinn des § 34. nicht eine aus dem Gemeindeverbande hervorgehende, sondern nur eine gemeinsame, allen einzelnen Verpflichteten gemeinschaftlich obliegende Last, wie dies auch nach dem Präjudiz No. 1356. schon früher von dem Ober-Tribunal angenommen worden ist.

No. 16. — III. Senat. Sitzung v. 1. Dezbr. 1854.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Münster.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht daselbst.

Mitverhaftung des Münsterischen Ehegatten für voreheliche Schulden des anderen Ehegatten.

Nach der Münsterischen ehelichen Gütergemeinschaft ist der eine Ehegatte die vorehelichen Schulden des andern

Digitized by Google

Ehegatten zu tragen nicht verpflichtet; er ist vielmehr, ohne den Nachweis förmlicher Güter-Separation führen zu brauchen, berechtigt, sein eingebrachtes Gut und die Hälfte der ehelichen Errungenschaft für sich zu behalten, und nur verbunden, das Uebrige, nämlich das Eingebrachte des verschuldeten Ehegatten und die andere Hälfte der Errungenschaft, den Gläubigern desselben zu überlassen.*

Münsterische Polizei-Ordnung vom 18. Januar 1529 Kapitel 5. und Adjektum v. Dezember 1607. (Schlüter, Provinzialrecht der Provinz Westphalen Bd. 1. S. 121. 122.)

Auf den Antrag der H.'schen Eheleute zu Westbevern, woselbst die Münsterische eheliche Gütergemeinschaft gilt, war behufs deren Befriedigung wegen ihrer gegen die Ehefrau des Oekonomen N. erstrittenen Forderung von 297 Rthlrn. verschiedene Mobilien der Eheleute Oekonom N. gepfändet worden. Der Ehemann N. verlangte intervenirend die Sistirung des Verkaufs dieser Mobilien und die Verurtheilung der Interventen, sein Eigenthum anzuerkennen, weil sie von ihm in die Ehe gebracht seien, und er für die fragliche Schuld, als eine voreheliche, nicht aufzukommen brauche. — Das Gericht erster Instanz legte nach dem Ergebniß der Beweisaufnahme dem Intervenienten N. in Betreff seines Eigenthums an den fraglichen Mobilien einen Eid auf, und verurtheilte im Falle dessen Ableistung die Interventen nach dem Klage-Antrage. Das Gericht zweiter Instanz wies den Intervenienten ab.

Das Ober-Tribunal hat auf die Nichtigkeitsbeschwerde das Appellations-Urtheil vernichtet und das erste Urtheil bestätigt.

Gründe:

Nach den eigenthümlichen Grundsätzen der Münsterischen statutarischen Gütergemeinschaft, und zwar nach der Münsteri-

* Vergl. Entscheidungen Bd. 27. S. 465.

Digitized by Google

schen Polizei-Ordnung Kap. 5. adjectum vom Jahre 1607 in Decembri, ist ein Ehegatte die vorehelichen Schulden des andern wider seinen Willen zu tragen nicht verpflichtet. Er ist vielmehr, „sofern er solche Schulden freiwillig nicht annehmen will", befugt, sein angebrachtes Gut — nach richtiger Lesart: „geheil", d. i. ganz, unversehrt, und die Hälfte Desjenigen, was in stehender Ehe „erspart, gewunnen und erworben", für sich zu behalten, und nur das Uebrige, d. i. die Illaten des verschuldeten Theils und die andere Hälfte des ehelichen Acquestes, den vorehelichen Kreditoren zu überlassen.

Dies sagt das Statut in dem angeführten Adjekt ausdrücklich, ist auch in den Motiven des von den Imploranten allegirten Präjudizes vom 22. Dezember 1853, — Entscheidungen Bd. 27. S. 465., — näher gerechtfertigt.

Das Statut macht daher die Haftbarkeit des einen Ehegatten für die vorehelichen Schulden des andern lediglich von dem freien Willen des ersteren abhängig. Derselbe darf seine Illaten der Beanspruchung des vorehelichen Gläubigers nach freiem Willen entziehen und ist hierbei an keinen andern Nachweis gebunden, als daß sie eben Illaten, d. h. sein von ihm in die Ehe resp. Gütergemeinschaft gebrachtes Eigenthum seien.

Dies verkennt aber der Appellations-Richter, wenn er in seiner Argumentation den Antrag des Intervenienten auf Freigebung der von dem Gläubiger für eine voreheliche Schuld seiner Ehefrau abgepfändeten Sachen resp. auf Anerkennung seines Eigenthums nicht blos von jenem, wie er selbst anerkennt, bis zu einem dem Kläger anzuvertrauenden Erfüllungseide geführten Nachweise, sondern von dem Nachweise förmlicher Güter-Separation beider Eheleute abhängig macht, den desfallsigen Theilungsrezeß seiner Kritik unterwirft und denselben schließlich formell und materiell für unzureichend erachtet, weil derselbe ohne Zuziehung des Imploraten geschlossen und damit nicht konstatirt sei:

a) wieviel beide Ehegatten in die Ehe gebracht,

Digitized by Google

b) wieviel davon noch vorhanden sei.

Das Statut a. a. O. enthält Nichts, was dieser Argumentation des Appellations-Richters das Wort redete. Es setzt den Ehegatten in Betreff der vorehelichen Schuld des anderen lediglich in die Kategorie jedes andern Eigenthümers, der nicht verbunden ist, sein Eigenthum zur Berichtigung einer fremden Schuld herzugeben. Dem Appellations-Richter fällt daher in der That eine Verletzung des obgedachten adjecti von 1607 und des darin enthaltenen obenerwähnten Grundsatzes des Münsterischen Statutarrechts zur Last (vergl. Schlüter, Provinzialrecht von Westphalen § 75. Bd. 1. S. 60. 121. 122.), und dies reicht hin, seine Entscheidung zu vernichten, ohne daß es eines Eingehens auf die weitere Beschwerde über Verletzung der §§ 75. 76. I. 5. des Allgem. Landrechts bedarf.

In der Sache selbst erachtet der erste Richter nach den Aussagen der vernommenen Zeugen den Beweis: daß Kläger die deskribirten Gegenstände mit Ausnahme eines erst während der Ehe angeschafften Küchen-Schrankes, dessen Verkauf Intervenient bewilligt habe, mit Recht insoweit für geführt: daß Kläger darüber zum Erfüllungseide zu verstatten. Auch der Appellations-Richter ist in dieser Beziehung, wie schon erwähnt, der gerechtfertigten Ausführung des ersten Richters beigetreten.

Norm und Folgen des Eides, mit dessen Ableistung zugleich implicite festgestellt wird, daß jene Gegenstände zum ehelichen Acquest nicht gehören, rechtfertigen sich aus der Natur der Sache. Ebenso hat es der erste Richter hinsichtlich des zu diesem Acquest zu rechnenden Küchen-Schrankes mit Recht bei der Erklärung des Intervenienten belassen: in den Verkauf desselben und darin zu willigen, daß die Hälfte des Erlöses den Interventen ausgekehrt werde. — Die Qualität der Schuld als einer vorehelichen der Ehefrau H. ist unstreitig.

Hiernach mußte die Entscheidung des ersten Richters bestätigt werden.

Digitized by Google

No. 17. — III. Senat. Sitzung v. 1. Dezbr. 1854.

Revision.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gerichts-Deputation in Aschersleben.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Halberstadt.

Benutzung des Wassers eines Privatflusses.

Das zum Betriebe einer Fabrik benutzte und durch den Gebrauch verunreinigte Wasser des vorüberfließenden Flusses darf in den Fluß nicht zurückgeleitet werden, wenn die Substanzen, mit welchen das Wasser verunreinigt worden, auf den Betrieb der unterhalb der Fabrik belegenen Mühle eines Andern nachtheilig einwirken.*

Gesetz vom 28. Februar 1843 § 1. (Gesetz-Samml. S. 41.); A. L. R. Einleitung §§ 89. 92. 94.

Die G.'schen Eheleute, Besitzer einer an dem Einefluß belegenen Mühle, behaupteten, daß das aus der oberhalb der Mühle belegenen Runkelrüben-Zucker-Fabrik der Fabrikbesitzer B. und Genossen in den Fluß zurückfließende verunreinigte Wasser auf ihren Mühlenbetrieb nachtheilig einwirke und klagten deshalb gegen B. und Genossen auf Untersagung der Zurückführung des Wassers aus ihrer Fabrik in die Eine, insoweit es durch den Gebrauch in ihrer Fabrik verunreinigt sei. — In erster Instanz wurden die Kläger abgewiesen, in zweiter Instanz wurden die Verklagten nach dem Klageantrage verurtheilt.

Das Ober-Tribunal hat auf die Revision der Verklagten das Appellations-Urtel bestätigt.

Gründe:

Auf Grund des eingenommenen Augenscheins und der Aussagen der vernommenen Zeugen und Sachverständigen hat der Appellations-Richter es mit Recht für nachgewiesen angenom-

* Vergl. Archiv für Rechtsfälle Bd. 5. S. 282.

Digitized by Google

men, daß durch das Wasser, welches in der Fabrik der Verklagten gebraucht und demnächst mittelst eines Kanals in die Eine zurückgeleitet wird, nicht nur das Wasser der Eine selbst, sondern auch das Wasser des von der Eine bei dem Streichwehr sich abzweigenden Mühlengrabens, an der die klägerischen Mühlen belegen sind, mit vielen faserigen und schlammigen Theilchen und mit anderen substanzartigen Unreinlichkeiten geschwängert, daß hierdurch auf eine nicht unbedeutende Weise der Schlamm im Mühlengraben und an dem Gerinne der Mühlen vermehrt, und die Last des Reinigens des Mühlengrabens erhöht wird, sowie daß die gedachte Verunreinigung des aus der Fabrik der Verklagten in die Eine zurückgeführten Wassers mit wesentlichen Nachtheilen für den Mühlenbetrieb der Kläger, insbesondere auch für den Betrieb der dem mitklagenden Ehemanne gehörigen Walkmühle, verbunden ist. (Dies wird hierauf näher ausgeführt, worauf es weiter heißt:) Darüber, daß die Verklagten an und für sich befugt waren, das an ihrem Grundstücke vorüberfließende Wasser der Eine zu ihren Fabrikanlagen zu benutzen, kann nach § 1. des Gesetzes vom 28. Februar 1843 ein Zweifel nicht obwalten. Daraus folgt aber nicht, daß die Verklagten nicht für die Nachtheile verantwortlich sind, welche das aus der Fabrik derselben zurückfließende Wasser den Mühlenanlagen der Kläger zufügt. Die Ausschließlichkeit und Willkürlichkeit des Gebrauchsrechts des einen Eigenthümers findet vielmehr, wie dies in den Gründen des Plenarbeschlusses vom 7. Juni 1852 (Entscheid. Band 23. Seite 252.) für einen ähnlichen Fall näher ausgeführt ist, in der dem andern Eigenthümer ebenfalls zustehenden Ausschließlichkeit und Willkürlichkeit ihre nothwendige Begränzung. Aus diesem Prinzipe ergiebt sich, daß es nicht erlaubt ist, auf den Grund und Boden des Nachbars schädliche Substanzen zu bringen, sei es direkt oder vermittelst des Mediums des Wassers und der Luft. Die Benutzung des Einen darf nicht in den Rechtskreis der Benutzung des Andern hindernd hinüber greifen.

Digitized by Google

Der Appellations-Richter hat daher mit Recht angenommen, daß die Verklagten nicht berechtigt sind, das in ihrer Fabrik gebrauchte Wasser, insoweit es durch diesen Gebrauch verunreinigt, d. h. durch solche Substanzen verunreinigt ist, welche nachtheilig auf den Betrieb der Mühlen der Kläger wirken, in die Eine zurückzuführen. Von selbst versteht es sich übrigens, daß, wenn Streit darüber entstehen sollte, ob in einem einzelnen Falle die Verklagten verunreinigtes, resp. mit solchen Substanzen erfülltes Wasser, welche nachtheilig auf den Betrieb der Mühlen der Kläger wirken, diesem Erkenntnisse zuwider, aus ihrer Fabrik in die Eine zurückgeführt haben, dieser Streit durch technische Sachverständige, eventuell durch den Richter, entschieden werden muß.

No. 18. – IV. Senat. Sitzung v. 2. Dezbr. 1854.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Trebnitz.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Breslau.

Frist zur Anmeldung und Einführung des zuständigen Rechtsmittels bei erfolgter Deklaration des Urtheils.

Ob der Lauf der Frist zur Einführung des zuständigen Rechtsmittels durch den Erlaß der Deklaration gehemmt wird, und vom Tage der Zustellung der Deklaratoria eine neue Einführungsfrist zu laufen beginnt, hängt von den jedesmaligen Umständen ab.

A. G. O. I. 14. § 1.; Verordnung v. 5. Mai 1838 §§ 5. 6. (Gesetz-Sammlung S. 273.)

Der Viehhändler S. hatte gegen das ihm in seiner Prozeßsache gegen den Viehändler B. am 10. Januar 1854 behändigte Urtheil erster Instanz eine Deklaration nachgesucht, worauf

Digitized by Google

ihm am 15. desselben Monats die Urtheilsausfertigung abgefordert, demnächst mit dem Deklarationsvermerk versehen am 25. desselben Monats zwar wieder zugestellt, jedoch am 28. desselben Monats behufs Deklaration der Deklaratoria abermals abgefordert und sodann am 21. Februar 1854 wieder ausgehändigt worden war. Die Rechtfertigung der von ihm angemeldeten Appellation erfolgte am 1. April 1854. Durch das Urtheil des Appellations-Richters wurde hierauf das Rechtsmittel für nicht devolvirt erachtet.

Das Obertribunal hat auf die von dem Kläger erhobene Nichtigkeitsbeschwerde das Appellationserkenntniß vernichtet und die Sache zur anderweitigen Verhandlung in die zweite Instanz zurückgewiesen —

in Erwägung:

daß die angefochtene Entscheidung auf der Annahme beruhet, daß der Lauf der für die Einführung des zuständigen Rechtsmittels gesetzlich bestimmten Frist durch den Erlaß einer Deklaration der bereits behändigt gewesenen Urtheilsausfertigung nicht gehemmt werde, diese Annahme aber durch die §§ 5. u. 6. der Verordnung vom 5. Mai 1838 und § 1. I. 14. der Allg. Gerichtsordnung als allgemeiner Grundsatz nicht gerechtfertigt wird, vielmehr nach den obwaltenden Umständen und mit Rücksicht auf die zum Zweck der Deklaration nothwendigen Abänderung der bereits behändigten Urtheilsausfertigung anzunehmen ist, daß im vorliegenden Falle die Frist zur Einführung der von dem Kläger angemeldeten Appellation erst von dem Tage der Behändigung der mit der Deklaratoria versehenen Ausfertigung ab zu berechnen war, hierdurch die erhobene Rüge der Verletzung einer wesentlichen Prozeßvorschrift nach Art. 3. No. 2. der Deklaration vom 6. April 1839 begründet erscheint, und die angefochtene Entscheidung der Vernichtung unterliegt;

in Erwägung sodann zur Hauptsache, daß die von dem Kläger angemeldete Appellation noch innerhalb der vom Tage

Digitized by Google

der Behändigung der mit dem Deklarationsvermerk versehenen Urtheilsausfertigung ab zu berechnenden gesetzlichen Frist eingeführt und gerechtfertigt ist, über die Appellationsbeschwerden und die Sache selbst aber noch nicht definitiv erkannt werden kann.

No. 19. — IV. Senat. Sitzung v. 2. Dezbr. 1854.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Brilon.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Arnsberg.

Hypothek des Eigenthümers.

Der ehemalige Besitzer des subhastirten Grundstücks ist berechtigt, die von ihm berichtigte und zur Zeit der Kaufgelder-Belegung noch ungelöschte Hypothekenforderung zu liquidiren, wenngleich er von dem befriedigten Pfandgläubiger weder eine förmliche Cession, noch eine besondere Quittung erhalten hat.*

A. L. R. I. **16**. Anh. § 52. zu § 484.; Deklaration vom 3. April 1824. (Gesetz-Sammlung S. 77.)

Der Schieferdecker G. kaufte mittelst Vertrages vom 23. Oktober 1850 von dem Maurer K. die Hälfte dessen Grundstücks. Hiernächst kam das ganze Grundstück zur Subhastation. In dem Kaufgelder-Belegungstermin übergab der Verwalter D. die Schuldurkunde über die für ihn auf dem ganzen subhastirten Grundstück eingetragene Darlehnsforderung von 100 Rthlr. mit dem Bemerken, daß ihm diese Forderung durch den Kaufmann N. zurückgezahlt sei, worauf N. erklärte, daß von den zurückgezahlten 100 Rthlrn. der Subhastat K. ihm 96 Rthlr. zur

* Vergl. Archiv für Rechtsfälle Bd. 8. S. 234, Bd. 11. S. 1, Bd. 12. S. 39. 43. 308, Bd. S. 175, Bd. 14. S. 142.

Digitized by Google

Aushändigung an den Gläubiger D. übergeben habe. Diese 96 Rthlr. nahm die Wittwe des immittelst verstorbenen Schieferdeckers G., welche mit diesem in der allgemeinen ehelichen Gütergemeinschaft gelebt hatte, an der Stelle des eingetragenen Kapitals aus den Kaufgeldern in Anspruch, indem sie behauptete, daß die 96 Rthlr. von ihrem verstorbenen Ehemanne behufs Tilgung der D.'schen Forderung gezahlt worden seien, und daß ihr Ehemann dieselben dem R. zur Ueberbringung an den D., dieser sie aber dem K. übergeben gehabt habe. Der dem angeblich nach Amerika ausgewanderten K. bestellte Litiskurator und die übrigen Hypothekengläubiger, mit Ausnahme des Handelsmannes W., bewilligten die Auszahlung der 96 Rthlr. an die Wittwe G. Der Handelsmann W. erhob dagegen den Antrag, die Wittwe G. zu verurtheilen, in die Auszahlung von 61 Rthlr. 23 Sgr. 4 Pf. aus der streitigen Masse an ihn zu bewilligen. — Die Verklagte widersprach diesem Antrag und nahm widerklagend ihrerseits die Streitmasse in Anspruch. — Der Richter erster Instanz wies den Kläger ab und sprach die Streitmasse der Widerklägerin zu. Der Richter zweiter Instanz erkannte dagegen nach dem Antrage des Klägers und wies die Widerklägerin ab. Der zweite Richter führte aus: der erste Richter leite die Ansprüche der Verklagten auf die Streitmasse, in Uebereinstimmung mit der ursprünglichen Angabe der letzteren, von K. ab. Dieser sei aber niemals Eigenthümer der D.'schen Forderung geworden, würde deshalb selbst keine Ansprüche auf die Kaufgelder, welche auf jene Forderung gefallen seien und die Streitmasse bildeten, machen können. Durch die Zahlung an die Gläubiger allein habe K., obschon derselbe zur Zeit der Zahlung Eigenthümer des verpfändeten Grundstücks gewesen sei, die bezahlte Forderung und das damit verbundene Hypothekenrecht nicht erwerben können, da Schuldforderungen, über welche, wie im vorliegenden Falle über die D.'sche Forderung, briefliche Urkunden existirten, nach § 394. I. 11. des Allg. Landrechts nur

Digitized by Google

durch schriftliche Willenserklärungen auf Andere übertragen werden könnten. An diesem allgemeinen Grundsatze sei durch den Anhang § 52. des Allg. Landrechts und die dazu ergangene Deklaratoria vom 3. April 1824 hinsichtlich des Uebergangs von Hypothekenforderungen auf den Eigenthümer des verhypothezirten Grundstücks, welcher die Forderungen bezahlt habe, Nichts geändert. Die Deklaratoria stelle nur die dem Eigenthümer ausgestellte Quittung einer ausdrücklichen Cession gleich. Habe demnach die D.'sche Forderung auf K. übergehen sollen, so habe es einer Quittung des Gläubigers bedurft. Daß eine solche bei oder nach der Zahlung ausgestellt worden, habe die Verklagte nicht behaupten können. Sie wolle nur die von D. in dem Kaufgelder-Belegungstermine abgegebene Erklärung, daß er durch N. befriedigt sei, als eine Quittung betrachtet wissen. Eine solche könne aber in dieser Erklärung, welche augenscheinlich nicht in der Absicht, dem K. gegenüber ein Bekenntniß über die empfangene Zahlung abzulegen, abgegeben sei, nicht gefunden werden, und zwar umsoweniger, als D. nur erklärt habe, daß er von N. Zahlung erhalten habe. Ein unmittelbarer Uebergang der D.'schen Forderung auf den Edmund G. würde aus denselben Gründen auch dann nicht eingetreten sein, wenn K. und N., wie die Wittwe G. in Widerspruch mit ihren ursprünglichen Angaben im Laufe der Instruktion in erster Instanz behauptet habe, nur im Auftrage des G. das Geld des letzteren dem D. behändigt hätten, da es auch in diesem Falle an der zur Uebergabe erforderlichen Quittung des Gläubigers fehle. Da nun D. als befriedigter Gläubiger keine Ansprüche auf die Kaufgelder machen könne, welche auf die ihm zugestandene Forderung gefallen seien, ein berechtigter Dritter in die Stelle des D. aber nicht eingetreten, mithin dessen Forderung als zu Grunde gegangen zu erachten sei, so erschienen die Ansprüche des Klägers, als desjenigen der nacheingetragenen Gläubiger, welcher beim Wegfall der D.'schen Forderung zunächst zur Perzeption kommen würde,

Digitized by Google

gerechtfertigt. (Vergl. §. 443. I. 20. des Allg. Landrechts und den Plenarbeschluß vom 19. September 1845, Entsch. Band 11. Seite 54.)

Das Obertribunal hat auf die von der Verklagten erhobene Nichtigkeitsbeschwerde das Appellationsurtheil vernichtet und das erste Urtheil auf die Appellation des Klägers bestätigt, in Ansehung der Verklagten, als Widerklägerin, aber dahin abgeändert, daß sie mit ihren Eigenthumsansprüchen auf die Streitmasse auf Höhe von 61 Rthlr. 23 Sgr. 4 Pf. zur Zeit abzuweisen — und zwar

in Erwägung:

daß nach § 52. des Anhangs zum Allg. Landrecht in Verbindung mit der Deklaration vom 3. April 1824 Hypothekenrechte durch die bloße Vereinigung ihres Eigenthums mit dem Eigenthümer des verpflichteten Grundstücks in einer Person nicht aufgehoben werden, so lange nicht eine vom Antrage des Besitzers abhängende Löschung erfolgt ist; der Appellations-Richter also, wie die Verklagte mit Recht rügt, diese Vorschriften verletzt, indem er im vorliegenden Falle die von N. im Auftrage des ehemaligen Besitzers an den Pfandgläubiger D. berichtigte und zur Zeit der Kaufgelderbelegung noch ungelöschte Hypothek von 100 Rthlrn. deshalb als ausgeschieden betrachtet, weil der ehemalige Besitzer sich von dem befriedigten Pfandgläubiger weder eine förmliche Cession, noch eine besondere Quittung habe ertheilen lassen; in der Hauptsache auch dem Anspruche des Klägers, der sich in demselben Rechtsirrthume, wie der Appellationsrichter befindet, jede gesetzliche Grundlage fehlt; die Verklagte aber zur Zeit ebensowenig ein Recht auf die streitige Masse zu behaupten vermag, weil bei dem unregelmäßigen Verfahren in der Bestellung des Abwesenheits-Kurators für den ehemaligen Besitzer K. nach § 19. II. 18. des Allg. Landrechts und § 1. I. 37. der Allg. Gerichtsordnung die von dem Kurator ertheilte Einwilligung in

Digitized by Google

die Auszahlung der zurückgesetzten Summe an die Verklagte wirkungslos erscheint, und es an einem andern Rechtsgrunde für ihren Anspruch fehlt; auf der andern Seite jedoch ihre bedingte Abweisung sich nicht weiter erstrecken kann, als das ihr günstige Erkenntniß erster Instanz durch die Appellationsbeschwerden des Klägers angegriffen worden ist; § 11. I. 14. der Allg. Gerichtsordnung.

No. 20. — IV. Senat. Sitzung v. 5. Dezbr. 1854.

Revision.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Oels.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Breslau.

Klage auf das Interesse bei nicht erfüllten Zeitkaufsverträgen über vertretbare, börsen- und marktgängige Waaren.

Bei Zeitkaufsgeschäften über vertretbare börsen- und marktgängige Waaren kann nach Ablauf des Stichtages, wenn das gezahlte Angeld in Folge Einklagung des dagegen ausgestellten Wechsels zurückgezahlt worden, nicht mehr die Erfüllung des Vertrages, sondern nur das Interesse gefordert werden.*

A. L. R. I. 5. §§ 270. 285. 360. ff.

Laut Schlußscheins vom 3. Dezember 1852 verpflichtete sich der Amtsrath F., in der Zeit vom 15. März bis Ende April 1853 dem Kaufmann J. 150 Eimer Spiritus zu 80 Prozent Tralles bei 12½ Grad Temperatur nach Reaumur für den Preis von 20 Sgr. unter dem am Lieferungstage im Breslauer Handelsblatte notirten Preise zu liefern. Als Angeld zahlte J. ihm verabredetermaaßen 1000 Rthlr., wogegen er demselben

* Vergl. Archiv für Rechtsfälle Bd. 10. S. 348, Bd. 18. S. 243.

Digitized by Google

einen Ende April 1853 zahlbaren Wechsel über 1000 Rthlr. ausstellte. Die Lieferung erfolgte nicht, weshalb J. zunächst gegen F. den Wechsel einklagte und demnächst gegen denselben mit dem Antrage klagbar wurde, ihn zur Lieferung von 150 Eimern Spiritus der gedachten Beschaffenheit zum Preise von 8 Rthlrn. 5 Sgr. für jeden Eimer zu verurtheilen, indem er angab, daß in Breslau am letzten Lieferungstage der Preis des Spiritus 8 Rthlr. 25 Sgr. betragen habe. — Der Verklagte widersprach dieser Klage — und zwar unter Anderem auch aus dem Grunde, weil Kläger, indem er in Folge der angestellten Klage das Angeld zurückerhalten, seinerseits den Vertrag nicht erfüllt habe und daher die Gegenleistung nicht beanspruchen könne. — Das Gericht erster Instanz hielt diesen Einwand für begründet und wies daher den Kläger ab. Das Gericht zweiter Instanz verurtheilte dagegen den Verklagten nach dem Klageantrage.

Das Ober-Tribunal hat auf die Revision des Verklagten

für Recht erkannt:

daß,

da nach dem Inhalte des Vertrages die angezahlte und beim Ablaufe des Endtermines der bedungenen Spiritus-lieferung wieder eingezogene Summe von 1000 Rthlrn. sich zwar nicht als eine Wandelpön betrachten läßt, vielmehr der Kläger wohl befugt gewesen ist, nach Lage der Sache das Angeld zurückzufordern, ohne deshalb seine vertragsmäßigen Rechte aufzugeben; dagegen es in der Natur eines Zeitkaufs-geschäftes liegt: daß nach Ablauf des Stichtages überhaupt nicht mehr die Erfüllung des Vertrages, sondern nur das Interesse gefordert werden kann, in dieser Weise aber die Klage nicht begründet ist; aus diesen Gründen — das Erkenntniß des Civil-Senats des Appellations-Gerichtes ꝛc. abzuändern, und der Kläger mit seinem Anspruche ange-brachtermaaßen abzuweisen.

Digitized by Google

No. 21. — I. Senat. Sitzung vom 6. Dezbr. 1854.

Revision.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Lippstadt.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Arnsberg.

Uebertragungsvertrag zwischen Eltern und Kindern als Erbvertrag. — Dispositionsrechte des überlebenden Ehegatten nach dem Rüthener Statutarrechte.

a. Ist in einem zwischen Eltern und Kindern geschlossenen Uebertragungs-Vertrag zugleich über das zukünftige Vermögen der Eltern verordnet, so ist der Uebernehmer desselben als Erbe, und das lediglich mit einer Abfindungssumme bedachte Kind als Legatar zu betrachten.

Das letztere ist im Fall der Anfechtung des Uebertragungs-Vertrages und resp. unterlassener Einreichung des Nachlaßinventars nicht als gesetzlicher Erbe ohne Vorbehalt anzusehen.

A. L. R. I. 12. §§ 4. 6. 263. 656.

b. Nach dem Rüthener Statutarrecht gilt zwar bei dem Tode des einen Ehegatten die fortgesetzte Gütergemeinschaft des überlebenden Ehegatten mit den Kindern auf Gedeih und Verderb, in deren Folge dem überlebenden Ehegatten die ausschließliche Verwaltung des gemeinschaftlichen Vermögens und die unbeschränkte Dispositionsbefugniß unter Lebendigen über dasselbe zusteht; derselbe ist jedoch nicht berechtigt, den ganzen Inbegriff dieses Vermögens als solchen, insbesondere auch nicht durch einen Uebertrags-Vertrag, zu veräußern.

Rüthener Statutarrecht (Seibertz, Statutar- u. Gewohnheitsrechte des Herzogthums Westphalen §§ 49-55., und Motive zu §§ 49-55.)

Digitized by Google

Die gegen Ende des Jahres 1852 gestorbene Wittwe Ferdinand R. zu B., woselbst das Rüthener Statutarrecht gilt, lebte in zwei Ehen, in erster Ehe mit dem vor dem Jahre 1830 verstorbenen Johann S., in zweiter Ehe mit dem ebenfalls vor mehreren Jahren verstorbenen Ferdinand R. In beiden Ehen galt die Rüthener allgemeine Gütergemeinschaft. Als die Wittwe R. zur zweiten Ehe schritt, fand eine Abschichtung ihrer Kinder erster Ehe nicht statt, es wurde vielmehr zwischen der Wittwe und dem Ferdinand R. einerseits und dem Vormunde der Kinder andererseits am 6. April 1830 ein Einkindschafts-Vertrag abgeschlossen. Bei dem Tode der Wittwe waren von deren Kindern zweiter Ehe keine mehr, von den Kindern erster Ehe sechs vorhanden, unter letzteren die Franziska, Ehefrau des Wirthes A., mit welchem dieselbe in allgemeiner ehelicher Gütergemeinschaft lebt, und der F. S. Mit diesen Kindern lebte die Wittwe nach dem Tode des Ferdinand R. in prorogirter Gütergemeinschaft. Durch gerichtlichen Vertrag vom 31. August 1852 übertrug dieselbe ihr ganzes Vermögen ihrem Sohne F. S. gegen Uebernahme der Schulden, eine bestimmte Leibzucht und eine Abfindung von 30 Rthlrn. für jedes der übrigen fünf Kinder. Durch diesen Vertrag hielt der Wirth A. die Rechte seiner Ehefrau für verletzt und wollte deshalb denselben aus einem dreifachen Grunde für ungültig erklärt wissen. Er behauptete nämlich:

1. Nach dem Rüthener Statutarrechte stehe dem in prorogirter Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten nicht das Recht zu, in der Weise über das gemeinschaftliche Vermögen zu disponiren, daß er solches als ein Ganzes einem der Kinder übertrage und die Abfindungen der übrigen willkürlich bestimme. Wenn man dem überlebenden Ehegatten aber das Recht, den ganzen Inbegriff des gütergemeinschaftlichen Vermögens als solchen einseitig an eines der Kinder zu veräußern, einräumen wollte, so könnte dies jedenfalls nur mit der Modifikation geschehen, daß die Abfindung der übrigen Kinder mindestens deren

Digitized by Google

Antheilen an der Gütergemeinschaftsmasse, also immer der Hälfte dieser Masse, gleichkämen. Diesem sei aber im vorliegenden Falle, da der reine Werth des dem F. S. übertragenen Vermögens mindestens 6000 Rthlr. betrage, nicht genügt.

2. Der Vertrag vom 31. August 1852 sei ein Erbvertrag, weil es in demselben heiße, die Wittwe R. übertrage ihr ganzes Vermögen „jetziges und zukünftiges“ dem Beklagten. Zur Abschließung von Erbverträgen sei der in prorogirter Gütergemeinschaft lebende Ehegatte aber auf keinen Fall befugt.

3. Durch den Einkindschafts-Vertrag vom 6. April 1830 hätten die Kinder erster Ehe der Wittwe R. ein vertragsmäßiges Erbrecht hinsichtlich des ganzen gütergemeinschaftlichen Vermögens erworben, welches ihnen weder durch letztwillige noch durch Verfügungen unter Lebendigen entzogen oder auch nur geschmälert werden könne.

Wegen der Ungültigkeit des Vertrages vom 31. August 1852 hielt der Wirth A. ferner den F. S. für verpflichtet, das übertragen erhaltene Vermögen an seine übrigen mitberechtigten Geschwister zum Theil herauszugeben. Er trug deshalb gegen denselben darauf an: daß der unterm 31. August 1852 zwischen der Wittwe R. und dem Beklagten abgeschlossene Vertrag für ungültig, und deshalb Beklagter für schuldig erklärt werde, das ihm von der Wittwe R. übertragene Vermögen mit dem Kläger zu theilen und demselben $1/6$ davon mit den seit dem Todestage der Wittwe R. gezogenen Nutzungen herauszugeben; eventuell daß Beklagter für schuldig erklärt werde, von dem ihm von der Wittwe R. übertragenen Vermögen dem Kläger, sei es im Wege der Natural- oder Civiltheilung, soviel herauszugeben, als $1/12$ dieses Vermögens betrage, mit Früchten resp. 5 Prozent Zinsen seit dem Todestage der Wittwe R. — Der Appellations-Richter erkannte, unter Abänderung des ersten Urtheils, nach dem eventuellen Antrage des Klägers.

Das Ober-Tribunal hat auf die Revision des Verklagten das Appellations-Urtheil bestätigt.

Digitized by Google

Gründe:

Der Appellations-Richter geht von der Voraussetzung aus, daß der zwischen der Wittwe R. und ihrem Sohne, dem Verklagten, geschlossene Uebertragungs-Kontrakt vom 31. August 1852 nur als ein Vertrag unter Lebendigen zu betrachten, und die Ehefrau des Klägers Erbin ihrer Mutter, der Wittwe R., ohne Vorbehalt geworden sei. Wäre diese Voraussetzung richtig, so würde der weiteren Annahme des vorigen Richters, daß gleichwohl dem Anspruch des Klägers die Vorschrift des § 142. I. 11. und des § 10. I. 5. des Allgem. Landrechts nicht entgegenstände, weil der Verklagte ebenfalls Erbe seiner Mutter geworden sei, und die rechtlichen Folgen der versäumten Inventarlegung, wie aus den Motiven der §§ 418. 419. I. 9. des Allgem. Landrechts, mit Bezugnahme auf das Präjudiz des Ober-Tribunals vom 18. Dezember 1843 (Entscheidungen Bd. 11. S. 286.) gefolgert wird, nur dritten Personen gegenüber, nicht aber in dem Verhältniß der Miterben gegen einander einträten, nicht beigetreten werden können. Denn es handelt sich hier keinesweges um den Anspruch eines Miterben, oder, wie im Falle der gedachten Entscheidung, eines Prälegatars, gegen den andern Miterben, und namentlich auch nicht darum, daß der Miterbe über die Kräfte des Nachlasses hinaus für haftbar erklärt werden soll. Der Verklagte wird hier vielmehr als Besitzer des Vermögens, welches er nach der eigenen Annahme des Appellations-Richters auf den Grund eines unter Lebendigen abgeschlossenen Kontrakts bereits vor dem Tode der Wittwe R. erworben und als sein Eigenthum in Besitz genommen hat, mithin als dritter Besitzer und von dem Kläger als Miteigenthümer, in Folge der bereits beim Tode des Vaters seiner Frau auf diese vererbten Mitberechtigung in Anspruch genommen. Bei dem jetzt nur noch in Streit befangenen Gegenstand des eventuellen Klageantrages kann daher von dem Anspruch eines Miterben gegen einen andern Miterben der Wittwe R., deren Dispositionsbefugniß hinsichts des geschlossenen Kontrakts ange-

Digitized by Google

fochten wird, nicht die Rede sein. Der Verklagte würde sich daher, wie jeder andere dritte Besitzer, auf den § 142. I. 11. und § 10. I. 15. des Allgem. Landrechts, nach welchen Erben ohne Vorbehalt den von ihrem Erblasser geschlossenen Verkauf ihrer eigenen Sachen nicht anfechten und letztere nicht vindiziren können, wohl berufen dürfen, wenn die Ehefrau des Klägers wirklich Erbin ihrer Mutter ohne Vorbehalt geworden wäre.

Allein, daß sie dies geworden, ist nach dem Inhalt des Kontraktes vom 31. August 1852 nicht anzunehmen. In diesem übertrug die Mutter dem Verklagten den Inbegriff ihres ganzen Vermögens, des jetzigen und des zukünftigen, mit Lust und Last zu vollem Eigenthum gegen eine ihr zu gewährende Leibzucht und eine nach ihrem Tode jedem der fünf Geschwister des Verklagten zu zahlende Abfindung von 30 Rthlrn. Allerdings enthält dieser Kontrakt hinsichtlich des vorhandenen Vermögens um so mehr einen Vertrag unter Lebendigen, als die Uebertragung nach § 5. als schon vollzogen anerkannt wurde, und Eigenthum, Nutzungen, Gefahr und Lasten sofort auf den Cessionar übergehen sollten. Wenn aber nach der getroffenen Bestimmung auch das ganze zukünftige Vermögen mit Lust und Last auf den Verklagten übergehen sollte, so kann man in dieser Bestimmung, wenn man ihr nicht allen Sinn absprechen will, nur eine Verfügung von Todeswegen erblicken, wenn sie wenigstens zugleich über Das verfügte, was sie an Vermögen und Passivis an ihrem Todestage noch besitzen möchte. Wenn daher auch der Kontrakt in seinem wesentlichen Theil als ein Uebertrags-Kontrakt unter Lebenden zu betrachten war, so enthielt er doch zugleich eine Verfügung über etwaigen Nachlaß zu Gunsten des Verklagten, wogegen seine Geschwister durch die Abfindung der 30 Rthlr. nebst dem schon Erhaltenen von dem elterlichen Vermögen nach § 2. des Kontrakts abgefunden sein sollten.

Der Appellations-Richter giebt zwar dem Zusatz vom zukünftigen Vermögen die Bedeutung, daß alle von der Wittwe

Digitized by Google

künftig noch zu machenden Erwerbungen sofort in das Vermögen des Verklagten übergehen sollten, und hält dafür, daß deshalb, weil eine solche Stipulation kraftlos sei, die rechtliche Natur des Vertrages, als eines Vertrages unter Lebenden, nicht geändert werde. Allein, wenn es auch richtig ist, daß Verträge, wodurch Eltern ihr Vermögen schon bei Lebzeiten ihren Kindern abtreten, blos als Verträge unter Lebendigen nach § 656. I. 12. des Allgem. Landrechts zu verstehen sind, und auch der vorliegende Kontrakt wesentlich, d. h. in Beziehung auf das wirklich abgetretene Vermögen, als ein solcher zu betrachten ist, so hindert dies doch nicht, daß auch in demselben Abtretungs-Kontrakte Bestimmungen über die Nachfolge in den Nachlaß getroffen sein können, was nach dem Inhalt des vorliegenden Kontrakts um so eher anzunehmen ist, als nach § 74. I. 4. des Allgem. Landrechts jede Willensäußerung im zweifelhaften Falle so zu deuten ist, daß sie nicht ohne alle Wirkung bleibe, und bei dem vorliegend aufgenommenen Kontrakt um so weniger vorauszusetzen ist, daß die Disposition über das zukünftige Vermögen ein kraftloser oder sinnloser Zusatz habe sein sollen. War aber hiernach der Verklagte nach dem Vertrage zugleich Erbe in den Nachlaß der Wittwe R., und konnte die Frau des Klägers wegen der ihr auch vom mütterlichen Vermögen ausgesetzten, erst nach dem Tode der Mutter zahlbaren Abfindung von 30 Rthlrn. jedenfalls nur als Legatarin betrachtet werden, — Allgem. Landrecht I. 12. §§ 4. 6. 263., — so kann dieselbe auch nicht als gesetzliche Erbin, überhaupt nicht als Erbin aus dem Grunde betrachtet werden, weil sie, obschon sie ungefähr schon ¼ Jahr nach dem Tode ihrer Mutter auf Aufhebung des Kontrakts klagte, es unterlassen hat, binnen der gesetzlichen Frist ein Nachlaß-Inventar beim Nachlaßgericht einzureichen. Aus diesem Grunde kann mithin auch der Verklagte ihr den Einwand aus dem § 142. I. 11. und den §§ 3. und 10. I. 15. des Allgem. Landrechts nicht entgegensetzen.

Was sodann die andere Frage betrifft,

Digitized by Google

ob die Wittwe R. befugt gewesen, den ganzen Inbegriff des mit ihren Kindern in prorogirter Gütergemeinschaft nach dem Rüthener Statutarrecht besessenen Vermögens einseitig an den Verklagten zu übertragen und die Abfindung der Frau des Klägers, wie geschehen, einseitig festzusetzen?

so ist dieselbe mit dem vorigen Richter unbedenklich zu verneinen.

Nach dem hier anwendbaren Rüthener Statutarrecht gebührte den sechs Kindern der Wittwe R. aus ihrer Ehe mit dem Johann S., nachdem letzterer gestorben war, die Hälfte des von ihren beiden Eltern gütergemeinschaftlich besessenen Vermögens. Dies ist in dem Artikel 41. des alten Rüthener Statutarrechts wörtlich ausgesprochen (Seibertz, Statutar- und Gewohnheitsrechte des Herzogthums Westphalen Seite 357.), und auch in dem Einkindschafts-Vertrag vom 6. April 1830 ausdrücklich anerkannt worden, indem es dort heißt:

das Vermögen, welches die Wittwe S. und deren minorenne Kinder bisher in ungetheilter Gemeinschaft besessen haben, ist zu 11,431 Rthlrn. 3 Sgr. 9 Pf. taxirt. Von diesem Vermögen gebührte den Minorennen die Hälfte, wogegen sie aber dann von allen ferneren Ansprüchen an dasselbe frei sind.

Diese förmliche Abschichtung wurde aber nicht beliebt, sondern Einkindschaft geschlossen, und nach Feststellung des Praecipuum der gedachten Kinder bestimmt:

Mit diesen Maaßgaben bleibt das gemeinschaftliche Vermögen in ungetheiltem Verkehr und Verzehr der Eheleute Ferdinand R. und deren vorhandenen oder noch zu erzielenden Kinder.

Die Parteien sind darüber einverstanden, daß hiernach auch nach dem Tode des Ferdinand R. die Wittwe R. die Gütergemeinschaft mit ihren gedachten sechs Kindern fortgesetzt hat. Ueber die Natur dieser fortgesetzten Gütergemeinschaft, welche selbst nur noch auf Gewohnheitsrecht beruht, enthält das Sta-

Digitized by Google

tutarrecht keine ausdrücklichen Bestimmungen. Nach den von Seibertz mitgetheilten Urkunden (Motive zu den §§ 49–55.) gilt daselbst nach dem Gewohnheitsrecht die fortgesetzte Gütergemeinschaft des überlebenden Ehegatten mit den Kindern auf Gedeih und Verderb, in Folge deren dem überlebenden Ehegatten die ausschließliche Verwaltung der gemeinschaftlichen Güter mit sehr ausgedehnter, auch auf Immobilien sich erstreckender Dispositionsbefugniß zusteht. Seibertz faßt dieses Rechtsverhältniß in den §§ 49–51. dahin auf:

> der überlebende Ehegatte verwaltet in der fortgesetzten Gütergemeinschaft das Gesammtgut der getrennten Ehe mit den nämlichen Rechten und Befugnissen, womit dies während der Ehe durch den Mann geschah. Wenn daher die Frau der überlebende Gatte ist, so gehen alle Rechte des Mannes durch dessen Tod auf sie über. Die Kinder treten hinsichtlich ihrer Berechtigung am Gesammtvermögen an die Stelle des verstorbenen Gatten, das heißt, sie werden zur Hälfte an dem Sammtvermögen berechtigt, haben jedoch wegen der Dispositionsbefugnisse des überlebenden Gatten, so lange diese dauern, keine die Substanz des Vermögens berührenden Rechte.

Es kann dahin gestellt bleiben, ob man sich in dieser Weise nach dem Gewohnheitsrecht die unbeschränkte Dispositionsbefugniß des überlebenden Ehegatten während der Verwaltung der Gesammtmasse als ein auf ihn übergegangenes Verwaltungsrecht des Mannes mit gleichen Dispositionsbefugnissen gedacht und verdeutlicht hat (Seibertz, S. 158. zu § 48.). Denn daraus würde noch immer nicht folgen, daß, weil die Kinder während der fortgesetzten Gütergemeinschaft von der Verwaltung der Masse und von der Dispositionsbefugniß über dieselbe ausgeschlossen sind, und vielmehr der überlebende Ehegatte diese Verwaltung und Dispositionsbefugniß allein ausübt, den Kindern gewissermaaßen gar kein Recht am Gesammtgut zustehe, und daß eben deshalb den Kindern auch kein Widerspruchsrecht

Digitized by Google

gegen einen Akt des überlebenden Parens zustehe, wodurch er schon bei Lebzeiten und während der Dauer der fortgesetzten Gütergemeinschaft die Gütergemeinschaft selbst dadurch auflöst, daß er den Inbegriff der gütergemeinschaftlichen Masse, vielleicht sogar gegen Ausbedingung einer um so größeren Leibzucht, an einen Dritten ohne Aequivalent überträgt, oder, wie im vorliegenden Fall, einem der Kinder unter einseitiger Festsetzung der Abfindung der übrigen Kinder den Inbegriff des gemeinschaftlichen Vermögens übereignet. Die Kinder sind als Erben des verstorbenen Gatten (wie auch Seibertz annimmt, Motive § 51. S. 155.), und zwar nach deutlichem Inhalt des Statuts zur Hälfte an der Gesammtmasse betheiligt, sie sind also als solche Miteigenthümer der Masse, die aber der überlebende Ehegatte mit den ausgedehnten Dispositionsbefugnissen für sie mit und solchergestalt ausschließlich verwaltet. Welche Vorstellung man sich nun auch von dieser freiesten Verwaltung macht, und wie weit und unbeschränkt man nun auch die damit verbundene Dispositionsbefugniß ausdehnen mag, so kann diese ohne inneren Widerspruch doch immer nur als eine Verwaltung der gemeinschaftlichen Masse betrachtet werden und daher auf jeden Fall nicht dazu berechtigen, diese Gemeinschaft durch Entäußerung des Inbegriffs der Masse gegen eine Leibzucht und einseitige Abfindung der mitberechtigten Kinder aufzuheben. Die Wittwe R. war zu diesem Akt weder gesetzlich noch auch vertragsmäßig befugt, da ja nach dem Einkindschafts-Vertrage das gemeinschaftliche Vermögen in ungetheiltem Verkehr und Verzehr ihrer selbst und ihrer Kinder verbleiben sollte. Wollte sie dennoch die Gütergemeinschaft auflösen, so konnte sie dies immer nur durch eine förmliche Auseinandersetzung oder Schichtung mit ihren Kindern bewirken. Dagegen konnte sie durch die vorgenommene einseitige Auflösung der Gemeinschaft, mittelst Uebertragung des Vermögens-Inbegriffs und Abfindung der Kinder, namentlich der Ehefrau des Klägers, derselben ihr Recht auf ihre Schichtungsquote, welche $1/12$ des ganzen Ver-

Digitized by Google

mögens beträgt, nicht entziehen, und es hat daher der vorige Richter mit Recht insoweit den Uebertragsvertrag vom 31. August 1852 für ungültig erklärt, daß der Verklagte für schuldig erkannt worden, an den Kläger $1/12$ des ihm, dem Verklagten, übertragenen Vermögens nebst Früchten resp. Zinsen seit dem Todestage der Wittwe R. herauszugeben.

No. 22. – III. Senat. Sitzung v. 6. Dezbr. 1854.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Brilon.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Arnsberg.

Hypothekenklage aus einer nur protestativischen Eintragung. — Rechtliche Natur des constitutum debiti alieni des Gemeinen Rechts.

a. Das aus einer, wegen des Widerspruchs des Besitzers, nur protestativisch erfolgten Eintragung erworbene Recht kann nach beseitigtem Hinderniß durch die Hypothekenklage geltend gemacht werden, ohne daß es der vorherigen Umschreibung der Protestation in eine Hypothek bedarf.*

A. L. R. I. **20**. §§ 410. 421.; Allg. Hypotheken-Ordnung II. § 299.

b. Zur Gültigkeit des constitutum debiti alieni des Gemeinen Rechts genügt der Nachweis, daß zur Zeit dessen Konstituirung das debitum alienum bestand, ohne daß es des Nachweises des ursprünglichen Grundes desselben und dessen Rechtsgültigkeit bedarf.**

Lex 1. princ. und §§ 5. 8., Lex 3. § 2., Lex 4., Lex 5. pr. und §§ 1. 2. Dig. de pecunia constit. **13**. 5.

---

* Vergl. Präjudiz No. 1707. vom 31. Januar 1846 und No. 1821 vom 29. Dezember 1846, Präjudizien-Buch Seite 98. und 115.; Entscheidungen Bd. 14. S. 274. und den Rechtsfall No. 39. dieses Bandes.

** Vergl. die Lex 1. pr. Dig. de pec. const. welche lautet: Hactenus

Digitized by Google

Der Ackerwirth Heinrich F. stellte unterm 6. August 1806 zu Gunsten des Anton S. zu Beringhausen, woselbst damals Gemeines Recht galt, eine gerichtliche Schuldurkunde aus, worin er bekannte, daß seine Ehefrau in ihrem Wittwenstande das sogenannte Steinklarengut von dem L. gekauft und sich dabei verpflichtet habe, von dem stipulirten Kaufschillinge die Schulden des Verkäufers zu bezahlen, und daß, da unter anderen der Anton S. 120 Rthlr. an den L. zu fordern habe und auf Zahlung dränge, er hierdurch verspreche, alle Jahre auf diese Summe wenigstens 25 Rthlr. zu zahlen, auch zur Sicherheit für Kapital, Zinsen und Kosten sowohl allgemein, als insbesondere das Steinklarengut — woran diese Forderung eigentlich hafte — sodann sein eigenes Vermögen ohne Ausnahme inskribire. Unterm 1. Dezember 1835 wurde auf Grund dieser Urkunde die Forderung beim Hypothekenbuche zur Eintragung angemeldet, und diese auch zufolge Verfügung vom 8. November 1838 zu Gunsten des Anton S. auf die Eingangs genannten Grundstücke bewirkt, — jedoch beim Widerspruche der Besitzer nur protestativisch. Nach dem Tode des Anton S. verlangten seine Erben, der Gutsbesitzer Wilhelm S. und Genossen, von dem Ackersmann Kaspar F., als Besitznachfolger des Heinrich F., Zahlung ihrer immittelst gänzlich fällig gewordenen Forderung, und beantragten deshalb, den Verklagten für schuldig zu erklären, sich den Verkauf der verpfändeten Grundstücke zur Deckung ihrer Hauptforderung von 120 Rthlrn. Gemein Geld oder 92 Rthlrn. Preuß. Kourant nebst fünf Prozent Zinsen seit dem 13. Juli 1848 gefallen zu lassen. — Der Richter erster Instanz erkannte diesem Antrage gemäß; der Richter zweiter Instanz wies die Kläger ab.

Das Ober-Tribunal hat auf die Nichtigkeitsbeschwerde der

igitur constitutum valebit, si, quod constituitur, debitum sit, etiam si nullus apparet, qui interim debeat utputa, si ante aditam hereditatem debitoris, vel capto eo ab hostibus, constituat quis se soluturum: nam et Pomponius scribit, valere constitutum, quoniam debita pecunia constituta est.

Digitized by Google

Kläger das Appellations-Urtheil vernichtet und in der Sache selbst das erste Urtheil bestätigt.

Gründe:

Der Appellationsrichter hat die hypothekarische Klage der Imploranten aus zwei selbstständigen Entscheidungsgründen, und zwar:

1. deshalb, weil die nur protestativisch erfolgte Eintragung der Forderung dieselben zur Anstrengung der hypothekarischen Klage nicht berechtige, sodann aber auch
2. aus dem Grunde zurückgewiesen, weil das der Eintragung zum Grunde liegende Obligatorium vom 6. August 1806 ein constitutum debiti alieni im Sinne des damals gültigen Gemeinen Rechts enthalte, als solches aber der gültigen Bestellung eines Pfandrechts ermangele, indem sich aus seinem Inhalt ein rechtsbegründeter Anspruch, für welchen konstituirt sei, nicht entnehmen lasse.

Beide Entscheidungsgründe sind von dem Imploranten als rechtsverletzlich angegriffen, und ihre Beschwerde mußte für begründet erachtet werden.

Bei dem ersten Entscheidungsgrunde führt der Appellationsrichter aus:

eine nur protestativisch erfolgte Eintragung pro conservando loco et jure begründe kein definitives Hypothekenrecht; sie gebe im Gegentheil nur ein bedingtes, — bedingt dadurch, daß der Gläubiger den Widerspruch — die Einreden — des Schuldners gegen die Eintragung beseitige, sobald dies aber geschehen, das Recht, die Forderung selbst an dem Orte, wo die Protestation bemerkt ist, als eine unbedingte Hypothek, als eine wirkliche Hypothekenforderung eintragen lasse. Bei der Annahme des Gegentheils würde jeder Unterschied zwischen einer bloßen Protestation und einer wirklichen Hypothek ganz aufgehoben werden.

Die bedingte Natur einer protestativisch erfolgten Eintra-

Digitized by Google

gung muß allerdings zugegeben werden. Sie rechtfertigt aber in Fällen der vorliegenden Art nicht die darauf gegründete Folgerung des Appellationsrichters, daß der Gläubiger zunächst den Widerspruch des Schuldners gegen die Eintragung beseitigen, dann die Umschreibung der Protestation in eine wirkliche Hypothek bewirken müsse, und erst, wenn dies geschehen, die dingliche Klage auf Zahlung anstellen könne. Die allegirten Vorschriften, — § 421. I. 21. des Allg. Landrechts, Hypotheken-Ordnung II. §§ 298. 299., — reden dieser Annahme des Appellationsrichters nicht das Wort. Der § 421. a. a. O., welcher die definitive Eintragung der Forderung an Stelle der Protestation nur als ein Recht, nicht als eine Verpflichtung des Gläubigers charakterisirt, spricht mindestens nicht für diese Annahme. Ganz entschieden spricht aber gegen dieselbe der § 299. der Hypotheken-Ordnung, nach welchem, wenn der Protestant das streitige Realrecht durch richterliches Erkenntniß oder auf andere Weise wirklich behauptet, dasselbe ipso jure an die Stelle tritt, wo die Protestation eingetragen ist, und allen nachher ingrossirten Posten vorgeht.

Die Hypothekenordnung macht daher die Geltendmachung des hypothekarischen Rechts seitens des Gläubigers von einer vorangegangenen Umschreibung der Protestation nicht abhängig, und dies muß um so mehr als dem wahren Sinne des § 421. a. a. O. entsprechend angesehen werden, als einerseits den §§ 411. 412. ebendaselbst durch den Eintritt der Protestation im Wesentlichen genügt, und andererseits die Umschreibung der Protestation in eine wirkliche Hypothek ein bloßes Formale ist, welches, wenn der Gläubiger über die Forderung zu Gunsten Dritter nicht disponiren will, sondern sofort deren Zahlung fordert, ganz gleichgültig erscheint. Der Unterschied zwischen einer Protestation und wirklichen Hypotheken, welchen der Appellationsrichter unter der obigen Voraussetzung vermißt, besteht aber dessen ungeachtet, indem dem Schuldner, so lange die Umschreibung der Protestation nicht erfolgt ist, der Wider-

Digitized by Google

ſpruch gegen die Rechtsbeſtändigkeit der Forderung und Einrede auch dritten Perſonen gegenüber erhalten bleibt.

Die Präjudizien vom 31. Januar und 29. Dezember 1846 (Präj.-Sammlung S. 93. und 115.; Entſch. Bd. 13. S. 257, Bd. 14. S. 274.) ſtimmen im Weſentlichen mit der vorſtehenden Ausführung überein. Die entgegengeſetzte Argumentation des Appellationsrichters macht ſich daher in der That einer Verletzung und unrichtigen Anwendung der obengedachten geſetzlichen Vorſchriften ſchuldig, und dies reicht hin, ſeinen erſten Entſcheidungsgrund zu beſeitigen.

Auch ſein zweiter Entſcheidungsgrund iſt hinfällig.

Zur Rechtfertigung deſſelben wird ausgeführt:

daß das Pfandrecht als aſſeſſoriſches Recht zu ſeiner Exiſtenz eine gültige Obligation, einen an ſich rechtsbegründeten Anſpruch erfordere, an welchen es geknüpft wird, Allg. Landrecht I. 20. § 12. Ein ſolcher liege aber nicht in der Verpfändungs-Urkunde. Das Rechtsverhältniß, worin der Verpfänder zu dem Erblaſſer der Imploranten ſtehe, ſei, wie auch der erſte Richter angenommen hat, zwar das Constitutum debiti alieni; dieſes bilde aber keineswegs einen ſelbſtſtändigen Rechtsgrund, ſondern ſei, wie die fidejussio, ein acceſſoriſcher Vertrag, der eine Obligation vorausſetze, und deren Rechtsbeſtändigkeit ſich, ohne die causa debendi zu kennen, nicht beurtheilen laſſe.

Allein will man auch zugeben, daß das Constitutum debiti alieni des Gemeinen Rechts in gewiſſem Betracht ein acceſſoriſches Geſchäft und eine Spezies der kumulativen Interceſſion, als ſolche aber der fidejussio im Weſentlichen gleich ſei, ſo hat daſſelbe doch inſofern einen weiteren Umfang, als die fidejussio, als daſſelbe nicht blos zur Sicherheit, ſondern auch zu anderen Zwecken dient, und daher nach Zeit, Ort, Gegenſtand ꝛc. durchaus verſchieden von der Hauptverbindlichkeit ſein kann, — Lex 1. pr. §§ 5. 8. Dig. de pecunia const. 13. 5.; Lex 3. § 2., Lex 4., Lex 5. pr. §§ 1. 2. a. a. O.

Digitized by Google

Insofern nähert sich dasselbe der Novation, und jedenfalls kann Konstituent in Betreff des Rechtsgrundes nur Einreden gebrauchen, welche bei der Konstituirung schon bestanden, — Lex 18. § 1. a. a. O. Es genügt danach, daß zur Zeit der Konstituirung das debitum alienum bestand. Dies verkennt aber der Appellationsrichter, wenn er im vorliegenden Falle auf Seiten der Imploranten den Nachweis vermißt, daß und aus welchem ursprünglichen und rechtsgültigen Grunde dem Gläubiger die Forderung zugestanden habe, für welche konstituirt worden, ganz abgesehen davon, daß das dem Anspruche der Imploranten resp. ihres Erblassers zu Grunde liegende Obligatorium vom 6. August 1806 die causa debiti alieni deutlich ergiebt, indem sie hiernach — auch nach der Feststellung des Appellationsrichters — in der Verbindlichkeit der Ehefrau des Konstituenten zur Berichtigung rückständiger Kaufgelder bestand, die sie als Käuferin des Steinklarenguts nach Anweisung des Verkäufers an den Erblasser der Kläger zu zahlen hatte, und von dem Konstituenten zur Zahlung an letzteren unter Verpfändung des Steinklarenguts und seines eigenen beweglichen und unbeweglichen Vermögens übernommen wurden.

Der Appellationsrichter hat daher nach der richtigen Hinweisung der Imploranten das Wesen und die besondere Natur des Constitutum debiti alieni verkannt. Es beseitigt sich hiermit auch das zweite selbstständige Argument des Appellations-Erkenntnisses, dessen Vernichtung hiernach keinem Bedenken unterliegen konnte.

Digitized by Google

Nr. 23. — I. Senat. Sitzung v. 6. Dezbr. 1854.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Coesfeld.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Münster.

Verbindlichkeit des Nießbrauchers zur Berichtigung von Alimenten und anderen periodisch fällig werdenden unverzinslichen Erbschaftsschulden.

Periodisch fällig werdende unverzinsliche Erbschaftsschulden, z. B. Alimente, sind von dem Nießbraucher des Nachlasses aus der Substanz desselben zu berichtigen.

A. L. R. I. 21. §§ 75. ff.

Der Kaufmann Bernhard F. zu Darfeld im Münsterischen war rechtskräftig verurtheilt worden, für ein uneheliches Kind jährliche Alimente im Betrage von 18 Rthlrn. zu zahlen. Nach seinem im Jahre 1848 erfolgten Tode wurde sein Sohn erster Ehe, Anton F., sein alleiniger Erbe, während seine hinterbliebene Wittwe, Anna geb. C., nach den Bestimmungen der Münsterischen ehelichen Gütergemeinschaft den Nießbrauch seines Nachlasses erhielt. Die Vormundschaft des Anton F. behauptete, daß die Wittwe F. verpflichtet sei, die während ihres Nießbrauchs zahlbaren Alimente zu berichtigen, und verlangte daher deren Verurtheilung hierzu. — Der Richter erster Instanz wies die Klägerin ab; der Richter zweiter Instanz verurtheilte die Verklagte nach dem Klageantrage.

Das Ober-Tribunal hat die von der Verklagten erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde verworfen — aus nachstehenden

Gründen:

Nach der nicht angegriffenen Annahme des vorigen Richters handelt es sich im vorliegenden Prozesse keineswegs darum: ob die von dem verstorbenen Ehemann der Verklagten verschuldeten Alimentengelder seines außerehelichen Kindes aus den Revenüen seines Nachlasses oder aus der Substanz desselben

Digitized by Google

zu entrichten seien, sondern nur darum: wer die Alimente zahlen müsse? Nachdem festgestellt ist, daß diese Alimentenforderung als eine durchaus persönliche Schuld des Erblassers auf seinen Erben, den Kläger übergegangen und aus der Erbschaft zu tilgen, der Kläger aber nicht im Besitz der Erbschaft sei und gar nicht darüber verfügen könne, weil sie dem Nießbrauchsrecht der Verklagten unterworfen sei, wird die Verklagte für verpflichtet erachtet, für die Berichtigung der Alimentenschuld zu sorgen, wobei die Frage, ob aus den Einkünften des Nießbrauches oder nach Analogie der §§ 71.–75. ff. I. 21. des Allg. Landrechts unter Verwendung des Vermögens dazu? als nicht in Streit befangen bei Seite gesetzt wird.

Nach den Behauptungen der Implorantin soll der Appellations-Richter die §§ 70. 71. ff. I. 21. des Allg. Landrechts verletzt haben. Eine solche Verletzung liegt jedoch nicht vor. Die hier in Betracht kommenden §§ 70. 71. 75. 76. a. a. O. bestimmen:

§ 70.: Die Zinsen der auf der Sache haftenden Schulden muß der Nießbraucher berichtigen.

§ 71.: Ist der Nießbraucher auf eine ganze Verlassenschaft, als einen Inbegriff von Sachen und Rechten, bestellt, so muß der Nießbraucher auch persönliche Schulden des Erblassers verzinsen.

§ 75.: Für die Berichtigung aufgekündigter Kapitalposten muß der Nießbraucher soweit sorgen, als ihm deren Verzinsung obliegt.

§ 76.: Er kann aber zu solchen Kapitalzahlungen die zu dem Vermögensinbegriff gehörenden Aktivforderungen verwenden, oder auch die Substanz der Sache selbst verpfänden.

Aus diesen Bestimmungen läßt sich nicht etwa folgern, daß der Nießbraucher eines Nachlasses nur die verzinslichen Kapitalien, sofern solche gekündigt werden, aus dem Nachlaß zu berichtigen habe, daß also der Eigenthümer die übrigen Schulden

Digitized by Google

des Erblassers berichtigen müsse, wenn er gleich die Erbschaft, worauf die Schuld haftet, nicht besitzt, und er darüber, wegen des Nießbrauchsrechts des Nießbrauchers, nicht verfügen kann. Man kann höchstens annehmen, daß diese Vorschriften keine Bestimmungen über die Berichtigungen solcher unverzinslichen Schulden enthalten. Der vorige Richter hat aber seine Entscheidung auch nicht auf diese Gesetze gegründet, vielmehr angenommen, daß, weil die Schuld aus der Erbschaft getilgt werden müsse, der Kläger über die Erbschaft aber nicht verfügen könne, nichts Anderes übrig bleibe, als dieselbe von der Nießbraucherin der Erbschaft berichtigen zu lassen. Hierin ist ihm beizustimmen. Denn es liegt in der Natur der Erbschaft, daß die Schulden des Erblassers daraus bestritten und, wenn sie fällig sind, aus der Masse berichtigt werden müssen, daß also der Eigenthümer derselben von dem Nießbraucher der Masse verlangen könne, daß die fälligen Nachlaßschulden aus der, dem Nießbrauche unterworfenen Erbschaftsmasse berichtigt werden, was aber gerade deshalb, weil sich der Nießbraucher im nießbräuchlichen Besitz der Masse befindet, nur durch ihn bewirkt werden kann.

Suarez in der Revision der von der Gesetz-Kommission aufgestellten Monita bemerkt zu den §§ 75. ff. I. 21. des Allg. Landrechts:

> der Grund, warum hier der Nießbraucher die Sorge für die Herbeischaffung der durante usufructu etwa aufgekündigten Kapitalien auferlegt wird, beruhet hauptsächlich darin, weil er das nächste und gegenwärtigste Interesse bei der Sache hat, weil dem Eigenthümer billigerweise nicht zugemuthet werden kann, Mühe und Kosten bei einem Gegenstande zu verwenden, von welchem er vor der Hand nicht den geringsten Vortheil hat, und weil man viele Weitläuftigkeiten bei der Bestimmung des Zinssatzes und anderer Nebenbedingungen vermeidet, welche sonst entstehen würden, wenn der Dominus für die Kapitalien, welche der Usufructuarius verzinsen muß,

Digitized by Google

negoziren sollte. Der Usufructuarius ist administrator in rem suam. (v. Kamptz, Jahrbücher Band 52. Seite 38.)

Im vorliegenden Falle, wo es sich um die Tilgung einer periodisch fällig werdenden Erbschaftsschuld handelt, ist die Nießbraucherin nicht minder zunächst dabei interessirt, daß die Abtragung dieser Schuld aus der Erbschaftsmasse auf die die Masse am wenigsten drückende Weise geschehe. Es ist gar nicht behauptet worden, daß die Masse unzureichend sei, und es liegt daher eine Anforderung an dieselbe, daß sie die Alimentenschuld aus ihrem eigenen Vermögen bestreiten solle, gar nicht vor. Auf jeden Fall kann in der Entscheidung des Appellations-Richters eine Verletzung der §§ 70. 71. ff. I. 21. des Allg. Landrechts nicht gefunden werden.

No. 24. – IV. Senat. Sitzung v. 7. Dezbr. 1854.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Münster.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht daselbst.

Bedingte Haftbarkeit des Spediteurs für die Frachtführer.

Der die Versendung von Waaren gewerbsmäßig übernehmende Spediteur haftet für die von ihm bestellten Frachtführer nicht, wie dieser für seine Leute, unbedingt, sondern nur insoweit, als ihm bei der Auswahl des Frachtführers ein mäßiges Versehen zur Last fällt.

A. L. R. I. 13. § 46., II. 8. § 459.

Die Kaufleute N. und S. hatten den Spediteurs L. und K. Waaren zur Spedition übergeben, welche hiernächst auf dem Transport verloren gingen. Sie erachteten die gedachten Spediteurs auf den Grund des Speditionsvertrages für ver-

Digitized by Google

pflichtet, ihnen den erlittenen Schaden, zum Betrage von 58 Rthlrn. 29 Sgr. zu ersetzen, und wurden deshalb gegen dieselben klagbar. — Die Richter der beiden unteren Instanzen verurtheilten die Verklagten nach dem Klageantrage.

Verklagte erhoben die Nichtigkeitsbeschwerde, welche sie in nachstehender Art begründeten. Der Appellations-Richter verkenne die Natur und den wesentlichen Charakter der Spedition. Dieselbe sei die, ursprünglich durch die Unbekanntschaft mit den Zollverhältnissen veranlaßte Mitwirkung zur Veranstaltung des Waarentransportes. Der Waarentransport selbst und unmittelbar sei nie Gegenstand des Speditionsvertrages gewesen. Das Gegentheil sei an den Spediteurs für Schiffsgüter leicht zu erkennen, — vergl. Reglement vom 27. December 1792. Hätten aber Spediteurs von Landfrachten zugleich das Frachtfuhrwerk betrieben, so sei doch der Speditionsvertrag von dem Frachtvertrag stets unterschieden gewesen. Bei dem ersten verstehe sich die Benutzung fremder Transportmittel dergestalt von selbst, daß kein Spediteur die Beförderung mittelst Eisenbahn ohne ganz besondere triftige Gründe verabsäumen und sich eines eigenen Fuhrwerks bedienen dürfe. Der Speditionsvertrag sei nie andern Inhalts gewesen, habe sich aber durch die Mitwirkung verschiedener Verkehrserleichterungen nunmehr als diejenige Abrede herausgestellt, vermittelst welcher, gegen eine ausdrücklich bedungene oder durch ein Herkommen bestimmte Vergütigung, — Speditions-Provision, — Jemand übernehme, Waaren eines Anderen, — des Kommittenten, — durch Benutzung seiner Verbindung an anderen Orten, von Hand in Hand bis an eine bestimmte vom Absender entfernt wohnende Person, — Addressaten, — gelangen zu lassen, nur dasjenige zu veranstalten, was zur Fortschaffung von Ort zu Ort in Rücksicht auf die sämmtlichen Verkehrsverhältnisse erforderlich sei. Die Spedition könne auch die Verpackung, die Versicherung und andere nicht immer vorkommende Bemühungen zum Versandt umfassen. Jedenfalls gehöre

Digitized by Google

dazu die Beobachtung dessen, was nach der Beschaffenheit jeder Waare die Gesetze des Orts erforderten, welchen die Waare zu passiren habe. Der Transport selbst gehöre dagegen zur Spedition entschieden nicht. Selbst nach der früheren Auffassung — vergl. Meno Pöhl's Handels- und Seerecht, Allg. Theil §§ 119. 120., — sei der Spediteur rücksichtlich der zum Transport selbst zu benutzenden Personen als Bevollmächtigter angesehen worden, und hafte nur für deren sorgfältige Auswahl. Dies sei auch noch jetzt die Stellung der Spediteurs in Bezug auf diesen Theil ihrer Besorgungen. Im Uebrigen sei der Vertrag der Hauptsache nach ein locatio conductio operarum, ein Vertrag über Handlungen. Welche Handlungen zu leisten seien, und was in Bezug auf den Transport selbst vom Spediteur gefordert werde, richte sich nach den besonderen Umständen jedes einzelnen Falls. Der Speditionsvertrag sei aber ein so häufig und in weiter Ausdehnung vorkommender Vertrag, daß sich stillschweigende Bedingungen sehr bald gebildet hätten. Was aber als eine ausdrückliche Bedingung nicht gedacht werden könne, dürfe auch als eine stillschweigende nicht angesehen werden. Und dies sei das Verlangen, daß der Spediteur den Transport selbst bewirke. Gehülfen könne man nur zu solchen Geschäften haben, zu deren Ausrichtung man sich selbst verpflichtet habe. Darum seien die Fuhrleute nicht die Gehülfen des Spediteurs, sondern dritte selbstständige Kontrahenten, wie die Schiffer.

Das Ober-Tribunal hat auf die von dem Verklagten erhobene Nichtigkeitsbeschwerde

für Recht erkannt:

daß,

da der, die Versendung von Waaren gewerbsmäßig unternehmende Spediteur für den von ihm bestellten Frachtführer nicht, wie dieser für seine Leute, unbedingt, vielmehr nur so weit, als ihm bei der Auswahl des Frachtführers ein mäßiges Versehen zur Last fällt, haftet (Präjudiz No. 2248.,

Digitized by Google

Entsch. Bd. 20. S. 155.); dem Richter also, wie die Verklagten mit Recht rügen, eine Verletzung des § 46. I. 13. des Allg. Landrechts zur Last fällt, indem er diese Vorschrift auf den vorliegenden Fall nicht für anwendbar erachtet; in der Hauptsache sodann den Verklagten ein derartiges Versehen bei Bestellung des Frachtführers nicht nachgewiesen ist, in dieser Beziehung die Klage vielmehr durchaus unsubstanziirt erscheint; aus diesen Gründen:

das Erkenntniß des Civil-Senats des Appellations-Gerichts ꝛc. zu vernichten; sodann in der Hauptsache das Erkenntniß des Königlichen Kreisgerichts ꝛc. dahin abzuändern, daß die Kläger mit der erhobenen Klage abzuweisen.

No. 25. — II. Senat. Sitzung v. 7. Dezbr. 1854.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Stadt-Gericht in Berlin.
Gericht II. Instanz: Kammer-Gericht.

Ersitzung des Traufrechts beim Bauen auf dem verpflichteten Grundstücke.

Der Bau unter der Traufe des Nachbars hebt den Besitz des Traufrechts desselben nicht auf.

Berliner Bau-Observanzen Tit. 3. § 2. (Mathis, Bd. 2. S. 363.); A. L. R. I. 9. §§ 599. 600. 625., 22. §§ 14. 61

Die Traufe vom Quergebäude des Lederhändlers E. in Berlin fiel früher unmittelbar auf den Grund und Boden des benachbarten Grundstücks des Böttchermeisters S., seit dem Jahre 1838 aber auf das Dach eines von demselben errichteten Gebäudes. Im Jahre 1848 führte S. dies Gebäude noch höher auf, und zwar noch höher, als das des E., wodurch das Aufhören des Traufalles von dem Dache des letzteren herbeigeführt wurde. Dagegen legte S. auf das Dach des E. eine Rinne,

Digitized by Google

in welche er das Wasser von seinem Dache leitete. — Auf die Fortnahme dieser Baulichkeiten, insoweit dies zur Ausübung seines Traufrechts nothwendig sei, wurde E. gegen den S. klagbar, indem er sich auf die Ersitzung des Traufrechts stützte. In beiden Instanzen verurtheilt, sein Gebäude insoweit abzunehmen, daß es die Traufe vom Dache des Quergebäudes des Klägers ungehindert und ohne Rinne aufnehme, legte Verklagter gegen das Appellations-Erkenntniß die Nichtigkeitsbeschwerde ein, in welcher er dem Appellations-Richter vorwarf, die oben in der Ueberschrift bezeichneten Gesetze verletzt zu haben.

Das Ober-Tribunal hat die Nichtigkeitsbeschwerde verworfen — aus folgenden

Gründen:

Durch den im Jahre 1838 vorgenommenen Bau ist zwar insofern eine Veränderung in dem bisherigen Besitzstande eingetreten, als das Wasser von dem Dache des Hauses des Klägers nicht mehr, wie bis dahin geschehen, direkt auf den Grund und Boden des Grundstückes des Verklagten gefallen ist, allein der Besitz des Traufrechts hat dadurch keineswegs aufgehört. Denn der Verklagte hat seinen Bau so eingerichtet, daß er das Wasser vom Dache des Klägers nach wie vor auf sein Grundstück aufgenommen hat, und wenn dasselbe auch nicht mehr unmittelbar auf den Grund und Boden des Grundstücks des Verklagten, sondern zunächst auf das Dach des auf demselben neu errichteten Gebäudes des Verklagten fiel, so liegt hierin nur eine Modifikation in der Ausübung, eine Beschränkung derselben, indem der Kläger dadurch, daß er sich dies ohne Widerspruch gefallen ließ, nur das Recht einbüßte, zu verlangen, daß Verklagte mit seinem Neubau 18 Zoll zurücktrete, keineswegs ging dadurch aber der Besitz des Rechtes, zu verlangen, daß Verklagter das Traufwasser auf sein Grundstück überhaupt aufnehme, verloren, vielmehr blieb er in dem Besitze dieses Rechtes, welcher nur insofern eine Aenderung erlitt, als

Digitized by Google

er sich darauf beschränkte, daß das Wasser des Klägers vom Dache des Verklagten aufgenommen wurde. Wenn Implorant dies als ein selbstständiges von jenem früheren verschiedenes Recht angesehen wissen will, so ist dies unrichtig, und deshalb hat der Appellations-Richter auch die Jahre nach 1838 ganz mit Recht mit in computum gebracht, da Kläger das Recht auch nur in dem seit 1838 besessenen beschränkteren Umfange gegenwärtig in Anspruch genommen hat.

Ebensowenig liegt aber auch ein rechtsgrundsätzlicher Verstoß gegen den § 61. I. 22. des Allgem. Landrechts und § 2. der Berliner Spezial-Bauobservanzen vor. Denn nach § 61. muß der Bau so eingerichtet werden, daß der Bauende unter der Traufe bleibe, und dieselbe auf sein Dach nehme. Im § 61. steht zwar nicht „auf" sondern „unter"; daß dies aber ein Druckfehler ist, leuchtet aus dem vorhergehenden Satze von selbst ein, und findet auch seine Bestätigung in der offiziellen lateinischen Uebersetzung des Allgem. Landrechts, in welcher es heißt:

si modo struat infra stillicidium, et tecto suo stillicidium recipiat.

Auch nach den Berliner Bauobservanzen Titel 3. § 2. ist eine Erhöhung des Gebäudes nur insoweit zulässig, als des Nachbars Traufe auch noch ferner unmittelbar und ohne Nachtheil und Hinderniße übernommen wird. Diesen Vorschriften ist Verklagter nicht nachgekommen, er hat nicht nur sein Gebäude höher als das berechtigte gemacht, sondern auch dicht heran gebaut, die Aufschieblinge des Daches des Klägers, wozu er gar nicht befugt war, abgeschnitten, eine Rinne auf das Dach des Klägers gelegt, und in diese sogar das Wasser von seinem Dache geleitet, also weder die Traufe auf sein Dach genommen, noch unmittelbar dieselbe übernommen. Der Kläger ist mithin vollkommen berechtigt, zu verlangen, daß diese vorgenommenen mit der Ausübung seines Rechtes unvereinbarlichen Baulichkeiten soweit, als dies zur Ausübung desselben

Digitized by Google

nothwendig ist, wieder fortgeschafft werden. Daß der Appellations-Richter nach diesem entsprechenden eventuellen Antrage erkannt hat, kann ihm deshalb nicht zum Vorwurfe gemacht werden, zumal weder gegen die Norm des Antrages etwas Spezielles eingewendet war, noch Verklagter einen anderen Modus, durch welchen die Störung beseitigt würde, vorgeschlagen und den Beweis der Zweckmäßigkeit desselben angetreten hatte.

No. 26. — III. Senat. Sitzung v. 8. Dezbr. 1854.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Wehlau.

Possessorienklage des Verpächters einer Gerechtigkeit wegen Störung des Besitzes seines Pächters.

Der Verpächter eines nutzbaren Rechts, z. B. einer Fischereigerechtigkeit, ist zur Possessorienklage befugt, wenn der Pächter in der Benutzung dieses Rechts gestört wird.

A. L. R. I. 7. §§ 1-5. 124. 137., 21. § 434.

Der Pächter W. hatte behufs Ausübung der von dem Fährkrugsbesitzer R. gepachteten, dessen Erbgrundstücke Fährkrug anklebenden Fischereigerechtigkeit im Pregel, in den Dünen, auf den überstauten Wiesen und in den Wassergräben innerhalb des Amtsbezirks Tapiau im April 1854 in dem Wiesengraben Fischereigeräthschaften ausgestellt, welche hiernächst der Gerber O. fortschaffen ließ. Der Verpächter R. stellte deshalb gegen den O. die Possessorienklage an und verlangte dessen Verurtheilung, sich jeder ferneren Störung der Fischereigerechtigkeit in dem Wiesengraben bei Strafe zu enthalten. — Der Verklagte bestritt zunächst die Aktivlegitimation des Klägers, da nicht der Kläger, sondern dessen Pächter im Besitz gestört sei. — Das

Digitized by Google

Gericht erster Instanz wies auf den Grund dieses Präjudizial-Einwandes den Kläger ab.

Das Ober-Tribunal hat auf die von dem Kläger erhobene Nichtigkeitsbeschwerde das Urtheil erster Instanz vernichtet und in der Sache selbst, unter Verwerfung des Legitimations-Einwandes, die Erhebung des Beweises über die von beiden Theilen behaupteten Besitzhandlungen und demnächstige anderweitige Entscheidung in erster Instanz verordnet.

Gründe:

Der vollständige Besitz eines Gutes schließt zugleich den der Pertinenzen desselben ein, und dazu gehört auch der Besitz der subjektiv-dinglichen Rechte, § 52. I. 7. des Allg. Landrechts. Wird ein solches Recht verpachtet, so erlangt der Pächter allerdings den Besitz seines Pachtrechtes und dessen Gewahrsam (possessio naturalis), nicht aber den vollständigen, den Civilbesitz; dieser verbleibt vielmehr dem Verpächter §§ 1–5. 124. 137. I. 7. und § 434. I. 21. des Allg. Landrechts.

Wenn daher der vorige Richter lediglich deshalb den Verpächter zur Possessorienklage nicht für legitimirt erachtet, weil der vollständige Besitz der verpachteten Fischereigerechtigkeit dem Pächter zustehe, so verstößt er wider die vom Imploranten bezogenen Gesetze, und seine Entscheidung erscheint als hinfällig, während es in der Sache selbst der Beweisaufnahme über den beiderseits behaupteten Besitz bedarf.

Digitized by Google

No. 27. — I. Senat. Sitzung v. 11. Dezbr. 1854.

Revision.

Gericht: I. Instanz: Kreis-Gericht in Bochum.
Gericht: II. Instanz: Appellations-Gericht in Hamm.

Rechte des Nießbrauchers eines Grundstücks an der Tradde.

Hat der Nießbraucher nach den Grundsätzen des Allg. Landrechts und der Kleve-Märkischen Bergordnung vom 29. April 1766 auf die dem Grundeigenthümer gebührende Tradde selbst rechtlichen Anspruch, oder gebührt ihm nur die Nutzung derselben?*

A. L. R. I. **21**. § 37., II. **16**. § 117.; Justiz-Ministerial-Restript vom 3. Mai 1797 (Stengel, Beiträge Bd. 6. S. 184.); Gutachten der Gesetzkommission vom 23. Junuar 1798 (Gräff, Ergänzungen zu § 37. I. 21. des Allgem. Landrechts); Justiz-Ministerial-Restript vom 5. Februar 1798 (Rabe, Sammlung Bd. 5. S. 28.); Kleve-Märkische Bergordnung vom 29. April 1766 Kap. 30. § 3. (Rabe, Bd. 1. Abtheil. 3. S. 168.); Deklaration vom 13. September 1777. (Mylius, Edikten-Sammlung Tom. 6. S. 907.; Scotti, Sammlung Seite 2113.)

Der verstorbene Landwirth Diedrich H. hatte als Besitzer des Husmannshofes von der Kohlenzeche „Vereinigte Präsident“ gewisse Traddegelder zu beziehen gehabt. In dem von ihm im Jahre 1849 mit seiner zweiten Ehefrau Maria geb. O. errichteten Testamente setzten beide Eheleute ihre beiderseitigen Kinder erster Ehe zu ihren Erben ein und bestimmten sodann im § 2., daß das nach den früheren Verträgen zur Nachfolge in den Besitz des Hofes berufene Kind verpflichtet sein solle, als Einsatzquantum für den Husmannshof, die angekauften Ländereien, für die Hausmobilien, Effekten und das Feld- und Vieh-Inventarium die Summe von 3000 Rthlrn. bei Uebernahme ihres Hofes an ihre vorgenannten Erben

* Vergl. Entscheidungen Bd. 19. S. 385.

Digitized by Google

herauszugeben, resp. zu verzinsen, daß das bei ihrem Absterben vorräthige Geld und die ausstehenden Forderungen von der Uebertragung ausdrücklich ausgeschlossen bleiben und nach ihrem beiderseitigen Absterben unter ihren Erben vertheilt werden, der Ueberlebende von ihnen indessen den Abnutzen desselben so lange, bis der Hofesübernehmer das 26. Lebensjahr erreicht und zum Besitze des Hofes gelangt sei, behalten solle. Sodann heißt es weiter im § 4.: „die Tradde, welche der Besitzer des Husmannshofes von der Zeche Präsident jährlich zu beziehen hat, soll, im Falle ich, der Ehemann, vor meiner jetzigen Ehefrau versterben möchte, zur Hälfte an unsere mehrbenannten Erben so lange entrichtet werden, bis das zur Uebernahme des Husmannshofes bestimmte Kind das 26. Jahr erreicht hat, von welchem Zeitpunkte an solche an den Hofesbesitzer übergeht."

Nach dem bald nach Errichtung dieses Testaments erfolgten Tode des Ehemanns Diedrich H. schritt seine Wittwe mit dem Landwirth Friedrich G. zur ferneren Ehe. Dieser nahm auf den Grund jenes Testaments für seine Ehefrau das Recht in Anspruch, die Hälfte der bezeichneten Traddegelder zu beziehen, und wurde deshalb gegen die testamentarischen Erben des Diedrich H. klagbar. Seine Klage stützte er darauf, daß in jenem Testamente seiner Ehefrau an dem Vermögen bis zum 26. Lebensjahr des Hofesübernehmers die Abnutzung vorbehalten worden, dieses Recht sich namentlich auch auf die fraglichen Traddegelder erstrecke, soweit nicht der § 4. des Testaments hinsichtlich derselben eine besondere Bestimmung treffe, und daher seiner Ehefrau, beziehungsweise ihm selbst, an der Hälfte der Traddegelder nicht ein bloßes Nutzungsrecht, sondern vielmehr die Befugniß zustehe, diese Gelder ohne irgend welche Erstattungs-Verbindlichkeit zu beziehen und für sich zu verwenden. Er richtete seinen Antrag dahin: die Verklagten zu verurtheilen, ihm von den erhobenen Traddegeldern der Zeche „vereinigter Präsident" die Hälfte auszukehren, und für die Zukunft bis zum erwähnten 26. Lebensjahre des Hofesübernehmers seiner Ehe-

Digitized by Google

frau die Hälfte der eingehenden Traddegelder zukommen zu lassen. — Die Verklagten suchten diesen Anspruch sowohl wegen der Natur des Rechts auf die fraglichen Traddegelder, als auch wegen des Inhalts jenes Testaments als unbegründet darzustellen. — Das Gericht erster Instanz verurtheilte jedoch die Verklagten nach dem Klageantrage. Das Gericht zweiter Instanz wies dagegen den Kläger, unter Vorbehalt des Rechts auf die Nutzung der streitigen Traddegelder, mit seiner Klage ab.

Das Ober-Tribunal hat auf die Revision des Klägers unter Abänderung des Appellations-Urtheils das Urtheil erster Instanz wiederhergestellt. Die

Gründe

der Obertribunals-Entscheidung, insoweit es hier darauf ankommt, lauten, wie folgt.

Der Appellations-Richter versteht unter dem „Abnutzen“ in dem § 2. des Testaments vom 11. September 1849 den Nießbrauch des Hofes, und weil die Tradde zum Hofe gehöre, so soll dem überlebenden Ehegatten als Nießbraucher auch nur die Nutzung der auf die Tradde fallenden Ausbeute gebühren. Dies wird daraus gefolgert, daß nach dem § 37. I. 21. des Allg. Landrechts dem Nießbraucher blos die Nutzung der auf den Eigenthums-Antheil fallenden Ausbeute, mithin auch nur die Nutzung der Ausbeute, welche auf den landrechtlichen Erbkux oder die provinzialrechtlichen Grundkuxe und auf die an die Stelle der Grundkuxe des Grundherrn tretende Tradde falle, zukomme. Es ist nun zwar richtig, daß in dem Gutachten der Gesetz-Kommission vom 23. Januar 1798 (Ergänzungen zu § 37. I. 21. des Allg. Landrechts) aus gleichen Gründen angenommen worden ist, daß nach den Grundsätzen des Allg. Landrechts der Pfarrer, als Nießbraucher der Pfarr-Ländereien, wenn auf letzteren ein Kohlenbau betrieben wird, auf die dem Grundeigenthümer statt des sonstigen Grundkuxes in der Kleve-Märkischen Bergordnung vom 29. April

Digitized by Google

1766 Kap. 30. §. 3. angewiesenen Traddekohlen keinen Anspruch zu machen habe, daß ihm vielmehr nur der Nießbrauch daran, oder die Zinsen der zinsbar zu belegenden Traddegelder, zukommen. Es kann jedoch hier dahin gestellt bleiben, ob sich eine solche Gleichstellung des landrechtlichen Erbkuxes, welcher nach § 117. II. 16. des Allg. Landrechts neben und außer der Grundentschädigung dem Grundeigenthümer gegeben wird, mit der Tradde gerechtfertigt erscheint, welche nach der gedachten Bestimmung der Provinzial-Bergordnung und der, in jenem Gutachten nicht erwähnten wichtigen Deklaration vom 13. September 1777 (Mylius, Edikten-Samml. Tom VI. pag. 907.; Scotti, Sammlung Seite 2113.) den 65. oder den 130. Theil der Schachtförderung beträgt, je nachdem der Schacht auf urbarem oder nicht urbarem Boden liegt, und ihrer Bedeutung und wesentlichen Natur nach den Schaden des Grundeigenthümers an den Nutzungen vertritt, indem dem Grundeigenthümer die Wahl zwischen der Tradde und billiger Vergütung des ihm jährlich an der Oberfläche seines Bodens durch den Grubenbau verursachten Schadens zusteht, und er, wenn er die Tradde wählt, dafür den nöthigen Platz zum Schacht, zu Halden und Wegen herzugeben, auch demnächst die Wegschaffung der Halden und Einebnung des Landes selbst zu besorgen hat, — Schulz, Preußisches Bergrecht Seite 84. ff. — Es kann hier um deswillen von einer näheren Erörterung dieser Streitfrage, und so auch von der Vernehmung der von dem Revidenten in Vorschlag gebrachten Sachverständigen über die Natur der Tradde als Grundentschädigung abgesehen werden, weil es hier vor Allem auf die Absicht der Testatoren ankommt. In Beziehung hierauf muß es aber schon nach der Natur der Tradde, als jener jährlichen Hebung des Grundbesitzers, bedenklich erscheinen, den über ihr Eigenthum in der Art testirenden Eheleuten, daß der Hof erst bei Erreichung des 26. Lebensjahres des Anerben auf diesen übergehen und bis dahin von dem Ueberlebenden abgenutzt werden soll, die

Digitized by Google

Absicht unterzulegen, daß der Ueberlebende von beiden Testatoren die Traddegelder nicht für sich erheben, sondern nur den Zinsengenuß der etwa zu belegenden Traddegelder haben, daß er also sogar die ihm als Miteigenthümer der Masse bei deren Auseinandersetzung zukommende Hälfte der Traddegelder selbst habe aufgeben wollen. Dagegen streitet schon überhaupt die Vermuthung. Nun ist aber wirklich eine nähere Bestimmung über die Theilung der Traddegelder im Testament getroffen.

(Die weitere Ausführung interessirt hier nicht.)

No. 28. — IV. Senat. Sitzung v. 12. Dezbr. 1854.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Münster.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht daselbst.

Berücksichtigung des nicht vorgebrachten Einwandes der Inkompetenz des Gerichts von Amtswegen; Verletzung einer wesentlichen Prozeßvorschrift.

Die Einrede der Inkompetenz des ordentlichen Gerichts kann, insofern der Fall des § 161. I. 2. der Allg. Gerichts-Ordnung nicht vorliegt, nicht von Amtswegen erhoben werden,* und enthält dieser Grundsatz eine wesentliche Prozeßvorschrift.

Verordnung vom 14. Dezember 1833 § 5. No. 8. Absatz 2. (Gesetz-Sammlung S. 302.); Deklaration vom 6. April 1839 Art. 3. No. 1. (Gesetz-Sammlung S. 126.); A. G. O. I. 2. §§ 160. 161.

Die westphälische Provinzial-Feuer-Societät war in einem Vorprozesse rechtskräftig verurtheilt worden, anzuerkennen, daß das am 5. Mai 1846 dem Wohnhause des Gastwirths L.

* Vergl. Archiv für Rechtsfälle Bd. 1. S. 106. und Bd. 4. S. 180.; Präjudiz No. 113. vom 25. April 1836, Präj.-Samml. S. 376.

Digitized by Google

durch Niederstürzen des vom Blitze getroffenen, neben demselben befindlichen Bollwerks widerfahrene Unglück zur Kategorie derjenigen gehöre, für welche die Sozietät eine Entschädigung, als für ein Brandunglück, zu zahlen habe. Dieselbe hatte auch in Folge dessen die auf 872 Rthlr. veranschlagte Entschädigungssumme gezahlt, wogegen L. hierüber nur unter Vorbehalt der Verzugszinsen quittirt hatte. Unter Hinweisung auf die Bestimmungen der §§ 57b und 57c des Reglements für die Sozietät vom 5. Januar 1836, nach welcher die Feuervergütungsgelder zur Hälfte binnen zwei Monaten nach dem Brandschaden und zur anderen Hälfte nach beigebrachtem Nachweise der vollendeten Wiederherstellung des Gebäudes gezahlt werden sollen, — verlangte L. nunmehr mittelst der bei dem Kreisgerichte in Münster eingereichten Klage fünf Prozent Verzugszinsen von je 436 Rthlrn. resp. seit dem 5. Juli 1846 und seit dem 1. Januar 1847. — Die Verklagte bestritt diesen Anspruch, jedoch lediglich aus materiellen Gründen. — Der Richter erster Instanz verurtheilte die Verklagte nach dem Klageantrage. Der Richter zweiter Instanz hob das erste Urtheil auf und erklärte den Rechtsweg für unzulässig. Kläger beschuldigte in der gegen diese Entscheidung erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde den Appellations-Richter, durch Berücksichtigung des Inkompetenz-Einwandes eine wesentliche Prozeßvorschrift verletzt zu haben, weil dieser Einwand von der Verklagten weder in erster noch in zweiter Instanz vorgebracht worden sei.

Das Ober-Tribunal hat hierauf

für Recht erkannt:

daß,

da die §§ 106. und 107. des Reglements für die Westphälische Feuer-Sozietät (Gesetz-Sammlung S. 49. ff.) zwar anordnen, daß nur über die Frage wegen der Sozietätsangehörigkeit und darüber, ob eine Feuerschadenvergütung zu versagen sei, der ordentliche Weg Rechtens, in allen übrigen Streitigkeiten, namentlich auch über Zah-

Digitized by Google

lungs-Modalitäten, nach Wahl des Intereſſenten Rekurs oder ſchiedsrichterliches Verfahren eintrete, dieſe Beſtimmung jedoch nur für eine ſolche zu erachten iſt, welche die Kompetenz der Gerichte beſtimmt, und der Fall des § 161. No. 1. I. 2. der Allg. Gerichts-Ordnung, daß dadurch die Befugniß des ordentlichen Gerichts, über die ſtreitigen Geſchäfte und Gegenſtände zu erkennen, ganz ausgeſchloſſen werde, keineswegs zutrifft, es ſich auch von einem zum richterlichen Verfahren gar nicht geeigneten Gegenſtande (vergl. Verordnung vom 14. Dezember 1833 § 5. No. 8. Abſatz 2.) nicht handelt;

da mithin der Einwand der einfachen Inkompetenz des ordentlichen Gerichts um ſo weniger von dem Appellationsrichter der Verklagten, die ihn gar nicht vorgebracht hat, ſuppeditirt werden durfte, als nach § 160. I. 2. der Allg. Gerichts-Ordnung ſogar eine Prorogation des Forums eintritt, wenn der Verklagte ſich, ohne die Inkompetenz zu rügen, auf die Klage eingelaſſen hat, dieſemnach der Vorwurf der Nichtigkeit nach Art. 3. No. 1. der Deklaration vom 6. April 1839 begründet erſcheint;

da hieraus zur Sache ſelbſt folgt, daß der Einwand der Rechtszuſtändigkeit des Gerichts wegen der eingetretenen Prorogation nicht zu berückſichtigen, im Uebrigen aber in der Sache über die ſonſtigen Einwendungen und die Klage noch nicht erkannt worden iſt; —

das Erkenntniß des Civil-Senats des Appellationsgerichts ꝛc. zu vernichten, zur Sache die Einrede des nicht zuſtändigen Gerichts zu verwerfen, und anderweit in der Sache, ſo wie über den Koſtenpunkt erſter und zweiter Inſtanz zu verhandeln und zu entſcheiden.

Digitized by Google

No. 29. — IV. Senat. Sitzung v. 14. Dezbr. 1854.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Herford.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Paderborn.

Rechte des Ausstellers eines gezogenen und acceptirten, hiernächst aber präjudizirten Wechsels aus der geleisteten Zahlung.

Der Wechselaussteller, welcher einen gezogenen und acceptirten, wegen der von einem Indossatar versäumten rechtzeitigen Aufnahme und Versendung des Protestes Mangels Zahlung präjudizirten Wechsel einlöst, kann, wenn er von dem Acceptanten keine Befriedigung zu erlangen vermag, von jenem Indossatar die Wechselsumme nicht erstattet verlangen.

A. L. R. II. 8. §§ 973. 974. 1021. 1063.

Ein von dem Kaufmann H. unterm 1. April 1842 an die Order der Gebrüder B. auf den Kaufmann J. gezogener, von diesem acceptirter, am 1. Mai desselben Jahres zahlbarer Wechsel war von dem Bezogenen am Verfalltage nicht gezahlt worden. Auch war hiernächst die Aufnahme und Versendung des Protestes Mangels Zahlung seitens des letzten Indossatars, Kaufmanns R., nicht erfolgt, vielmehr der Wechsel von ihm ohne Protest zurückgeschickt worden. Der Aussteller H. zahlte in Folge dessen dem R., Indossatar der Gebrüder B., die Wechselsumme zurück und verlangte diese demnächst von dem Kaufmann R. erstattet, indem er angab, daß der Bezogene zur Verfallzeit des Wechsels zahlungsunfähig gewesen, bald darauf in Konkurs gerathen sei, daß bei demselben der Betrag des nach besonderer Verabredung zur Deckung einer Waarenforderung gezogenen Wechsels von ihm zwar angemeldet und in der sechsten Klasse angesetzt worden, Aussicht auf Befriedigung jedoch nicht vorhan-

Digitized by Google

den sei. — Der Verklagte beantragte die Abweisung der Klage. Auf diese wurde auch in erster Instanz erkannt; in zweiter Instanz wurde indeß Verklagter nach dem Klageantrage verurtheilt.

Das Ober-Tribunal hat auf die Nichtigkeitsbeschwerde des Verklagten das Appellations-Urtheil vernichtet und in der Sache selbst das erste Urtheil bestätigt —

in Erwägung:

daß nach den thatsächlichen Feststellungen des Appellations-Richters der in Rede stehende, von dem Bezogenen acceptirte Wechsel vom 1. April 1842 von dem Kläger an die Order der Gebrüder B., von den letzteren an R., von diesen an L., dann an M. und endlich an den Verklagten N. indossirt worden ist, in dessen Hand aber wegen Verabsäumung der Wechsel-Solennität ein Präjudiz erlitten hat, während später der Wechselbetrag, des Präjudizes ungeachtet, von dem Kläger als Aussteller an R. gezahlt worden, die Berichtigung der Forderung aber, über welche der Kläger den Wechsel gezogen, von dem inzwischen in Konkurs verfallenen Acceptanten nicht zu erlangen ist; bei diesen thatsächlichen Feststellungen die von dem Appellations-Richter aus der verschuldeten Präjudizirung des Wechsels, unter Zugrundelegung der hier zur Anwendung kommenden wechselrechtlichen Vorschriften des Allgem. Landrechts, abgeleitete rechtliche Annahme einer Verpflichtung des Verklagten, dem Kläger den durch den Rembours des Wechsels entstandenen Schaden zu ersetzen, für gerechtfertigt nicht zu erachten ist, weil die Verschuldung des Präjudizes für den Indossatar pro cura nur die Folge hat, daß er seinem Prokura-Indossanten, nicht aber jeden andern Vormann, wegen des daraus entstandenen Nachtheils nach den Grundsätzen des Mandats verantwortlich wird, — §§ 807. 1016. II. 8. des Allg. Landrechts, — für den Indossatar, welcher durch eigentliches Indossament Eigenthümer des Wechsels geworden ist, dagegen, daß der in dem Verluste des Wechselregreßrechtes be-

Digitized by Google

stehende Nachtheil nur ihr allein trifft, und nur ihm ein Recht gegen die Aussteller und die Vormänner insofern vorbehalten ist, als sich der Eine oder der Andere sonst mit seinem Schaden bereichern würde, — §§ 973. 974. 1014. 1063. a. a. O., ein Rückgang des präjudizirten Wechsels im Regreßwege aber und eine wechselrechtliche Pflicht zum Rembours unter den Vormännern nicht stattfindet, deren Verhältniß vielmehr, des dem Wechsel widerfahrenen Präjudizes ungeachtet, unberührt bleibt; sonach auch der Aussteller oder ein Vormann wechselrechtlich nicht in die Lage kommen kann, zum Rembours verpflichtet zu sein, und, wenn er gleichwohl rembourſirt, den Ersatz aber von dem Acceptanten nicht erlangen kann, der demselben in dieser Weise entstehende Nachtheil nicht im Kausal-Zusammenhange mit der Verschuldung des letzten Wechsel-Inhabers steht, vielmehr eine Folge seiner freien Selbstbestimmung ist, zu deren Vertretung seitens des, das Präjudiz verschuldenden Inhabers es an einem rechtlichen Grunde fehlt; hiernach im vorliegenden Falle dem Kläger ein Klagerecht auf Vergütung des geltend gemachten Schadens gegen den Verklagten, dieser mag Indossatar pro cura des M. oder Eigenthümer des Wechsels gewesen sein, nach den wechselrechtlichen Vorschriften des Allgem. Landrechts nicht zugestanden werden kann, der die Verletzung der §§ 973. 974. 1121. 1063. 1122. und 1306. II. 8. des Allgem. Landrechts, so wie des auf Grund dieser Vorschriften in der Nichtigkeitsbeschwerde formulirten (oben in der Ueberschrift enthaltenen) Grundsatzes rügende Angriff zutreffend und begründet erscheint, und die durch sonstige Gründe nicht gehaltene Appellations-Entscheidung der Vernichtung unterliegt;

in Erwägung sodann zur Hauptsache, daß auch sonstige besondere Thatumstände nicht geltend gemacht und beigebracht sind, aus welchen nach civilrechtlichen Grundsätzen ein Klagerecht des klagenden Wechsel-Ausstellers gegen den Verklagten auf Ersatz des angeblichen Schadens begründet werden könnte, einem solchen auch entgegenstehen würde, daß der Verklagte

Digitized by Google

nach der eidlichen Aussage des M. in Wirklichkeit nur Indossatar pro cura seines Vormannes, nicht des Klägers gewesen ist, und als solcher seinem Machtgeber verhaftet sein konnte.

No. 30. — II. Senat. Sitzung v. 14. Dezbr. 1854.

Revision.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Halle.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Naumburg.

Verminderung des Wassers in Brunnen durch neue Anlagen des Nachbars.

Der § 129. I. 8. des Allgem. Landrechts, — nach welchem Anlagen, durch welche der schon vorhandene Brunnen des Nachbars verunreinigt oder unbrauchbar gemacht werden würde, unzulässig sind, — findet auf Anlagen, die lediglich eine Verminderung des Wassers in dem Brunnen des Nachbars bewirken, keine Anwendung.

A. L. R. I. 8. § 139.

Die Regierung zu Merseburg ließ vor mehreren Jahren vom Hofe der dem Fiskus gehörenden Strafanstalt zu Halle aus in einer Tiefe von 50–60 Fuß, unter der, nach Giebichenstein führenden Straße, einem öffentlichen Platze und dem zur Universität gehörenden botanischen Garten hin, bis zur Saale durchgraben und durch den so gebildeten sogenannten Stollen vermittelst einer eingelegten Röhrenleitung das Saalwasser der Strafanstalt zuführen. Auf dem Hofe wird seitdem das Wasser vermittelst einer am Ende des Stollens eingesetzten Pumpe in die Höhe gehoben.

Vorher, schon im Jahre 1847, hatte die verwittwete Amtsräthin B. auf dem Hofe ihres zu Halle vor dem Kirchthore

Digitized by Google

belegenen Grundstücks, angeblich in einer Tiefe von 28 Fuß, einen Brunnen abteufen lassen, der ihrer Behauptung nach nicht nur den Wasserbedarf zu den sämmtlichen bei Erbauung ihrer Gebäude vorgekommenen beträchtlichen Maurerarbeiten gedeckt, sondern auch späterhin dergestalt reichliches Wasser gehabt, daß auf ihre ausdrückliche Veranlassung zur Verhinderung des Ueberlaufens des Brunnens die Nachbarschaft ihren Wasserbedarf aus demselben geholt hatte. Ende Mai oder in den ersten Tagen des Juni 1849 soll aber das Wasser plötzlich verschwunden sein und sich seitdem auch nur in so sparsamem Maaße wieder eingefunden haben, daß es bei einer Höhe von 1½ Fuß, während es früher 10–12 Fuß hoch im Brunnen gestanden, jetzt kaum noch genüge, um ihre Wagenpferde zu tränken, zu allen andern wirthschaftlichen Bedürfnissen aber ganz entbehrt werden müsse. Sie fand die Ursache dieser Wasserentziehung in der damals bewirkten Anlage der Wasserleitung des Fiskus, indem der Stollen in der Nähe ihres Grundstücks getrieben worden, und durch denselben besonders viele Wasser erschroten seien. Sie hielt sich deshalb für berechtigt, die Wiederherstellung der früheren Wasserfülle in ihrem Brunnen auf Grund des § 132. oder des § 129. I. 8. des Allg. Landrechts zu verlangen, zumal da nach den analog hier zur Anwendung zu bringenden bergrechtlichen Grundsätzen der Bergbauende, trotzdem er sich bedeutender Privilegien zu erfreuen, dennoch dem Grundeigenthümer für allen durch den Bergbau veranlaßten Verlust, mithin auch für entzogenes Wasser gerecht werden müsse, selbst wenn der Bergbau den Grund und Boden des beschädigten Eigenthümers nicht berühre. Sie trug hiernach darauf an, den Fiskus zu verurtheilen, ihr entweder das Wasser in ihrem Brunnen in der Fülle, wie es vor Anlegung des Stollenbaues vorhanden gewesen, durch weitere Abteufung des Brunnens oder durch andere Mittel wieder zu verschaffen oder ihr den durch Entziehung des Wassers zugefügten, im besondern Verfahren zu ermittelnden Schaden zu erstatten. — Verklagter

Digitized by Google

widersprach dieser Klage. — Der Richter erster Instanz erkannte nach dem Klageantrage, wogegen der Richter zweiter Instanz die Klägerin abwies.

Das Ober-Tribunal hat auf die Revision der Klägerin das Appellations-Urtheil bestätigt.

Gründe:

Der Appellations-Richter verwirft mit Recht die beim Bergbau geltenden Grundsätze in der Anwendung auf den vorliegenden Fall, da von einem Bergbau hier nicht die Frage ist, indem es sich nicht um Anstalten zur Gewinnung von Fossilien, sondern blos um einen Stollen oder unterirdischen Kanal handelt, durch welchen dem Brunnen in der Strafanstalt bei Halle das nothwendige Wasser zugeführt werden soll. Es fragt sich daher nur noch, ob der Anspruch der Klägerin durch die Vorschrift des § 129. I. 8. des Allgem. Landrechts gerechtfertigt werden kann, welcher lautet:

> Anlagen, durch welche der schon vorhandene Brunnen des Nachbars verunreinigt oder unbrauchbar gemacht werden würde, sind unzulässig.

Daß der Stollenbau eine Verunreinigung des Brunnens der Klägerin bewirkt habe, ist gar nicht behauptet, auch in der That eine solche nicht vorhanden. Ebensowenig ist der Brunnen der Klägerin unbrauchbar geworden, da nach ihrer eigenen Angabe der Wasserstand noch 1½ Fuß beträgt. Es unterstützt daher auch der § 129. a. a. O. ihren Anspruch nicht, da derselbe von einer bloßen Verminderung des Wassers im Brunnen handelt, folglich auch mit Recht die weitere Beweisaufnahme, in Ansehung des behaupteten Kausalnexus der Anlage des Stollens des Verklagten und der Verminderung des Wassers im Brunnen der Klägerin, unterlassen worden und für unerheblich gehalten ist. Denn eine solche Einschränkung des Eigenthums zum Besten des Nachbars enthält, wie gedacht, das angeführte Gesetz nicht. Man könnte dieselbe blos durch

Digitized by Google

eine ausdehnende Interpretation gewinnen, welche jedoch bei der gesetzlichen Präsumtion für die Unbeschränktheit des Eigenthums unstatthaft sein und in der Anwendung auf andere Verhältnisse dahin führen würde, die Befugniß des Eigenthümers, über und in seinem Eigenthume willkürlich und ausschließlich zu verfügen, ganz illusorisch zu machen.

No. 31. — Senat für Strafsachen, Abtheilung II.

Sitzung vom 14. Dezember 1854.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Wesel.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Hamm.

Verjährung der Privatklage wegen leichter Körperverletzung und Mißhandlung.

Die Privatklage wegen leichter Körperverletzung und Mißhandlung verjährt erst nach Ablauf von 5 Jahren.*

Strafgesetzbuch §§ 46. 50. 187. 189.; Einführungsgesetz v. 14. April 1851 Art. 16. und 17.

Der Ackersmann V. erhob gegen den Schenkwirth D. eine Injurien-Klage, weil dieser ihn am 20. März 1854 einen schlechten Kerl und Spitzbuben geschimpft und ihm mit der Hand auf den Kopf geschlagen habe. — Der erste Richter wies die Klage auf den Grund der eingetretenen dreimonatlichen Verjährung ab; der Richter zweiter Instanz erachtete die dreimonatliche Frist nicht für abgelaufen und verurtheilte den Verklagten wegen Injurien zu einer Geldstrafe von 3 Rthlrn.

Das Ober-Tribunal hat die von dem Verklagten erhobene Nichtigkeits-Beschwerde verworfen —

* Vergl. dagegen die Rechtsfälle No. 1. und 2. dieses Bandes.

Digitized by Google

in Erwägung:

daß die Klage auf die Behauptung gestützt war, daß der Verklagte, jetzt Implorant, den Kläger nicht nur einen „schlechten Kerl“ und „Spitzbuben“ geschimpft, sondern ihm auch dreimal mit der Hand auf den Kopf geschlagen habe;

daß nach den Entscheidungs-Gründen im angefochtenen Urtheil diese Beschuldigung auch als erwiesen angenommen worden ist, obgleich der vorige Richter die bezeichnete Handlung nur als eine Injurie betrachtet hat;

daß es sich hier aber um eine Mißhandlung im Sinne des § 187. des Strafgesetzbuchs — also um ein Vergehen — handelt, dessen Bestrafung nach § 46. daselbst erst in fünf Jahren verjähren konnte;

daß hieran der Umstand, daß die Klage als Injurienklage im Wege des Civil-Prozesses eingeleitet worden, Nichts ändern kann, da der § 50. daselbst blos in Betreff solcher Verbrechen und Vergehen, welche nur auf den Antrag einer Privatperson bestraft werden können, verfügt, daß sie straflos bleiben sollen, wenn der Antrag der berechtigten Person auf Bestrafung nicht innerhalb drei Monaten von dem Zeitpunkt an gestellt wird, in welchem sie Kenntniß von der strafbaren Handlung erhalten hat, während eine selbst leichte Mißhandlung oder Körperverletzung nach den Artikeln 16. und 18. des Einführungs-Gesetzes vom 14. April 1851 und § 189. des Strafgesetzbuchs unzweifelhaft auch von der Staats-Anwaltschaft von Amtswegen verfolgt werden kann.

Digitized by Google

Nr. 32. — II. Senat. Sitzung v. 21. Dezbr. 1854.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Stadt-Gericht in Königsberg.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht daselbst.

Erfordernisse hinsichtlich der Gesetzeskraft Königlicher Verordnungen und Gesetze. — Forstkulturdienste.

a. Die Gesetzeskraft einer Königl. Verordnung ist von einer bestimmten Form derselben, insbesondere von deren Vollziehung, nicht abhängig.

A. L. R. II. 13. § 6., Einleit. § 10.; Verordnung vom 29. Mai 1719. (C. C. M. Tom. 2. Abth. 1. S. 671.)

b. Die Gültigkeit älterer Gesetze ist durch das Publikations-Patent vom 1. April 1803 von deren Aufnahme in die Akademische Edikten-Sammlung und in das neue Archiv nicht abhängig gemacht.

A. L. R. Publikations-Patent vom 1. April 1803.

c. Organische Verordnungen über Gegenstände der Staats-Wirthschaft und Finanz-Verwaltung, z. B. das Publikandum vom 7. Juni 1786 über die Entrichtung der Forstkulturdienste, — bedürfen zu ihrer verbindlichen Kraft der besonderen Publikation nicht.

Patent vom 29. Mai 1781 § 14. (N. C. C. Tom. 7. S. 337.); Publikandum vom 7. Juni 1786.

Das Publikandum vom 7. Juni 1786 bestimmt, daß alle und jede außer den adelichen Grundbesitzern, welche freies Bau-, Reparatur- und Brennholz, oder das eine oder das andere davon unter der vollen taxmäßigen Bezahlung aus den Königlichen Forsten erhalten, zu den unentgeltlichen Forstdiensten an Pflügen, Eggen und Hacken, Kiehn- und Tannäpfel- und Eichelsammeln verbunden, und nur diejenigen davon frei seien,

Digitized by Google

welche dergleichen nicht, sondern nur blos Kaff- und Leseholz gegen Einmiethe erhalten. Auf den Grund dieses Publikandum forderte das Forstamt zu Weichershoff im October 1852 von dem Krüger H. als Besitzer des vermöge Privilegium vom 19. Februar 1678 zur Entnahme freien Brennholzes, und und zwar nach dem Vergleiche vom Jahre 1833 von jährlich fünf Klaftern Sprakholz und fünf Klaftern Brennholz, aus dem Königlichen Forste der Domäne Heilsberg berechtigten Krügergrundstücke No. 6. in Launau die Leistung der Forstkulturdienste, und als solche die Ablieferung von zwei Scheffeln Kiehnäpfel und das Hacken von 128 □Ruthen Forstland alljährlich. Der Krüger H. hielt sich zu diesen Leistungen nicht für verpflichtet und klagte deshalb gegen den Fiskus auf Anerkennung der Freiheit seines Grundstücks von den geforderten Forstdiensten. — Der verklagte Fiskus beantragte die Abweisung des Klägers und widerklagend die Verurtheilung desselben als Eigenthümer des fraglichen Grundstücks zur Leistung der im Publikandum vom 7. Juni 1786 festgesetzten Forstkulturdienste. — Die Richter erster und zweiter Instanz erkannten nach dem Klageantrage und wiesen den Verklagten mit der Widerklage ab. Der Appellations-Richter zog die Aechtheit des Publikandum vom 7. Juni 1786 und die Richtigkeit der davon zu den Akten gebrachten Abschrift nicht in Zweifel und führte aus dessen Inhalt an: „daß es auf ergangene Kabinets-Order erlassen sei, und Namens Seiner Majestät des Königs Gesetzkraft haben solle," stellte auch die Wahrheit dieser Thatsachen nicht in Frage; er erachtete aber diese Verordnung für Nichts weiter, als für eine von dem damaligen Minister des General-Forst-Departements v. d. Schulenburg angefertigte Instruktion für die ostpreußische Kriegs- und Domänen-Kammer, nach welcher sie wegen Konservation der Königlichen Forsten zu verfahren haben. Die in dem Publikandum enthaltenen Festsetzungen könnten immer nur insoweit von Effekt sein, als sie in den in früherer Zeit ergangenen wirklichen

Digitized by Google

Gesetzen ihre Bestätigung fänden, weil nach der Verordnung vom 25. März 1719 alle Gesetze dem Könige zur Approbation und eigenen Unterschrift vorgelegt, und nach dem Publikandum vom 27. Mai 1781 sogar vorher noch von der Gesetz-Kommission berathen werden sollten, an beiden Erfordernissen es aber dem Publikandum fehle, dasselbe überdies auch weder in das neue Archiv der Preußischen Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit, noch in die akademische Ediktensammlung aufgenommen sei, aus denen allein bei vorlandrechtlichen Gesetzen der Richter die Normen für seine Entscheidungen — nach dem Publikations-Patente zum Allgem. Landrechte vom 1. April 1803 — hernehmen solle.

Der Verklagte rügte in der gegen das Appellations-Urtheil eingelegten Nichtigkeitsbeschwerde die unpassende Anwendung jener vom Appellationsrichter allegirten Gesetze, und die versäumte Anwendung des Publikandum vom 7. Juni 1786.

Das Ober-Tribunal hat das Appellations-Urtheil vernichtet und unter Abänderung des ersten Urtheils den Kläger abgewiesen.

Gründe:

Wo des Königs Majestät verfassungsmäßig der alleinige Gesetzgeber ist, — Allg. Landrecht II. 13. § 6., — da hat der Allerhöchste Wille in jeder Form gleiche Kraft, durch welche er historisches Dasein erlangt; nur in dieser Hinsicht, nicht in Betreff der Publikation, durch welche allerdings ein Gesetz erst juristisches Dasein erhält — Einleitung § 10. a. a. O. — zog aber der Appellationsrichter das Publikandum von 1786 zur Beurtheilung. Es giebt auch in der That aus der Regierungszeit Königs Friedrich des Großen eine Anzahl von Verordnungen, welche blos von Staatsministern vollzogen sind, und gleichwohl unbezweifelte Gesetzeskraft haben, die durch den Beisatz: „Auf Allerhöchsten Spezial-Befehl erlassen," bewiesen wird.

Die Vorschrift in der Verordnung vom 25. März 1719

Digitized by Google

(C. C. M. Tom. 2. Abthl. 1. S. 671.) aber, nach welcher alle Patente jedesmal erst im Projekt dem Könige zur Approbation und eigenhändigen Unterschrift eingesendet werden mußten, war überhaupt nur mit dem Verbote verbunden, daß sie sonst nicht gedruckt und publizirt werden sollten, und das Patent vom 29. Mai 1781 § 14. (N. C. C. Tom. 7. S. 337.) wegen Errichtung der Gesetz-Kommission schloß die Verordnungen, welche Staatswirthschaft und Finanzverwaltung betreffen, ausdrücklich von dem daselbst vorgeschriebenen Verfahren über die Abfassung der Gesetze aus. Auch das Patent vom 1. April 1803 über die Publikation der neuen Auflage des Allgem. Landrechts, welches die Gerichte anwies, in ihren Urtheilssprüchen auf keine Privat-Gesetzsammlungen Bezug zu nehmen, sondern sich lediglich an die Gesetze zu halten, welche ihnen zugefertigt, gehörig publizirt, auch durch das neue Archiv der Preußischen Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit zu ihrer Kenntniß gebracht, und in den akademischen Ediktensammlungen hierauf aufgenommen worden, betraf, wie der Ausdruck „aufgenommen worden," ergiebt, nicht die älteren Gesetze, ist auch nicht dahin zu verstehen, daß die Gültigkeit eines Gesetzes von der Aufnahme in die neue Ediktensammlung und in das neue Archiv abhängen solle, sondern sagte nur, daß diese Aufnahme einen authentischen Abdruck gebe.

Hiernach, und da der Appellationsrichter die Authentizität des Publikandum vom 7. Juni 1786 und die Gewißheit, daß darin der Wille des Gesetzgebers, des Königs Majestät, ausgesprochen worden, nicht in Zweifel, die Frage über die Publikation aber gar nicht zur Beurtheilung zog, verletzte er einen Rechtsgrundsatz im Sinne des § 4. No. 1. der Verordnung vom 14. Dezember 1833, indem er dem beregten Publikandum die gesetzliche Kraft absprach. — Auch seine andern Gründe sind zur Aufrechthaltung des Erkenntnisses nicht geeignet. Der Verklagte hatte Beweis dafür angetreten, daß unterm 23. März und 29. November 1773, 12. April 1775 und dem 29. März

Digitized by Google

1776 die Allerhöchsten Kabinets-Orders ergangen waren, auf welche das Publikandum vom 7. Juni 1786 Bezug nehme, und daß in denselben keine Befreiung der früheren Privilegirten von den Forstkulturdiensten anerkannt worden sei.

Die drei älteren Kabinets-Orders sind aber in dem angefochtenen Erkenntnisse gar nicht beurtheilt, und die vierte ist unrichtig ausgelegt. Es heißt daselbst: Die vom Kläger rekognoscirte Kabinets-Order Friedrich II. vom 29. März 1776 enthält Nichts weiter, als eine Anweisung an den Minister v. d. Schulenburg, in welcher Weise bei Konservation der Forsten zu verfahren sei, und ist darin keineswegs bestimmt worden, daß die mit den Privilegien auf Freiholz aus den Königlichen Forsten versehenen Grundbesitzer zu Forstdiensten und Abgaben, wovon ihr Privilegium Nichts enthält, verpflichtet sein sollen. Es lautet indeß die Kabinets-Order wörtlich:

„Mein lieber Etatsminister Freiherr v. d. Schulenburg! Es ist ganz billig, daß diejenigen Ortschaften und Unterthanen, welche freies Bau- und Brennholz aus den Forsten erhalten, ohnentgeltliche Beihülfe zur Bearbeitung eben dieser Forsten nach Eurem hierneben wieder zurückerfolgenden Antrage von gestern leisten müssen, und ihr Vorgeben, daß solches hierbevor von ihnen nicht gefordert worden sei, kann ihnen aus den angeführten Gründen zu keinem Behelf dienen."

Die hierauf folgenden Bestimmungen, daß die Dienste nur auf den Forst zu beschränken, aus welchem der Unterthan sein Holz frei erhält, und die Kammern darüber zu wachen haben, daß kein Forstbedienter hierbei den Unterthanen durch ungebührliche Zumuthungen überlästig werde, schließt die Kabinets-Order mit den Worten:

Hiernach werdet Ihr das weiter Erforderliche zur Erreichung Meiner landesväterlichen Absichten veranlassen.

Nach den deutlichen Worten der Allerhöchsten Order sollen

Digitized by Google

also alle, welche freies Holz aus den Königlichen Forsten erhalten, zu Forstkulturdiensten verpflichtet seien, diese Verpflichtung ist von der verschiedenartigen Beschaffenheit des Rechtstitels auf Freiholz nicht abhängig gemacht, ein solcher Unterschied darf mithin durch richterliche Interpretation nicht in die Königliche Verordnung gebracht werden.

Nicht beizupflichten ist auch der Ausführung des Appellationsrichters, daß dem Publikandum eine die Forstordnung vom 3. Dezember 1775 abändernde gesetzliche Kraft nicht beizulegen sei, letztere aber die Verpflichtung zur Beihülfe an den Forstkulturarbeiten nur denjenigen auferlege, die aus Königlichen Forsten freies Bauholz erhalten und in § 7. Tit. 7. ausdrücklich bestimme: „Daß Niemand in seinen Besitzungen und Gerechtigkeiten gegen die Possession von 1740 gekränkt werden solle." Es leuchtet indeß von selbst ein, daß, wenn der beregten Verordnung nicht die Gesetzeskraft mangelt, ihr auch die Wirkung nicht abgesprochen werden kann, als jüngeres Gesetz dem älteren zu derogiren.

Die Vernichtung des vorigen Erkenntnisses mußte demnach erfolgen, da es durch keinen andern selbstständigen Entscheidungsgrund gehalten wird, indem insbesondere aus der darin unangefochten festgestellten Thatsache, daß die Besitzer des Grundstücks des Klägers vom Jahre 1678 bis zum Jahre 1852 die Brennholzgerechtigkeit ohne Gegenleistung ausgeübt, keine weitere Folge gezogen wurde, als die der eben beurtheilten Anwendung des § 7. Tit. 7. der Forstordnung vom 3. Dezember 1775. — Die Richtigkeit jenes Faktums muß zwar auch bei freier Beurtheilung für feststehend erachtet werden; die Erwerbung des Rechts der Befreiung von den streitigen Forstdiensten durch Verjährung — Allg. Landrecht I. 9. § 656. — ist indeß vom Kläger nicht einmal behauptet, er stützt sich nur auf den Besitz im Jahre 1740 und die darauf bezügliche Bestimmung der Provinzial-Forstordnung von 1775. Dieser Grund aber findet in der oben angegebenen Bestimmung der

Digitized by Google

Verordnung vom 7. Juni 1786 seine klare Widerlegung, da die bisherige Nichteintrichtung einer Auflage, die keine Gegenleistung aus einem Vertragsverhältnisse ist, sondern der keine anderen charakteristischen Merkmale anhaften, als solche, nach welchen ihr Grund in Verwaltungsmaaßregeln zu finden ist, deren Anordnung kraft des Forst-Hoheitsrechts geschah, nicht die Vermuthung gestattet, daß ein Recht auf ferneres Freibleiben von einer solchen Verpflichtung bestehe, dies mithin vom Kläger besonders zu beweisen war. Die gesetzliche Kraft der beregten Verordnung ist aber nicht zu bezweifeln. Ihr Vorhandensein und die Uebereinstimmung der von dem Verklagten beigebrachten Abschrift mit dem Originale wurde vom Kläger nicht bestritten. Ueberdies sind die daraus vom Verklagten angeführten Thatsachen, daß die Verordnung von dem obersten Verwaltungschef an die ostpreußische Kriegs- und Domänenkammer auf Spezialbefehl Sr. Majestät erlassen worden, und daß darin jeder bäuerliche Grundbesitzer, der freies Brennholz aus einem Königlichen Forste empfängt, zu Forstkulturdiensten, welche nach Umfang und Art bestimmt angegeben sind, für verpflichtet erklärt wird, für zugestanden zu erachten, da ihnen vom Kläger nicht ausdrücklich widersprochen wurde, — Verordnung vom 21. Juli 1846 § 9. — Daß sie den Willen des Gesetzgebers ausspricht, ergiebt außerdem ihre Uebereinstimmung mit der anerkannten Kabinets-Order vom 29. März 1776. Auch die Publikation der Verordnung vom 7. Juni 1786 ist nur allgemein aus dem unhaltbaren Grunde geläugnet, weil sie nicht in die Ediktensammlung aufgenommen, und die darin gegebene Bestimmung wider den Kläger nicht zur Anwendung gebracht worden. Nicht bestritten sind dagegen die vom Verklagten unter Beweis gestellten Thatsachen, daß das Publikandum in Abschrift in den Akten der Regierung zu Königsberg enthalten, und, daß es zur Zeit seines Erlasses sämmtlichen Domänen- und Justizämtern der ostpreußischen Kriegs- und Domänenkammer zur Nachachtung zugefertigt sei.

Digitized by Google

Daß die Lokalbehörden die Publikation gemäß der Verordnung vom 24. August 1717 (C. C. M. Tom. 2. Sect. 1. pag. 613.) zur Ausführung gebracht haben, ist zwar von dem Verklagten nicht wörtlich gesagt, allein diese Behauptung liegt in der Bezugnahme auf die Regierungsakten zum Nachweise, daß die Publikation in allen Kreisen, namentlich auch dem von Heilsberg, erfolgt sei, und es könnte hier auf diesen besondern Nachweis nicht einmal Gewicht gelegt werden, wo es sich nicht um die rechtliche Verbindlichkeit eines allgemeinen Gesetzes, sondern um die Gültigkeit organischer Vorschriften für die Forstökonomie, und um die Verpflichtung des Klägers handelt, sich ihnen in Zukunft zu unterwerfen, so lange er seine Brennholzgerechtigkeit geltend macht. Er mußte daher mit seiner Klage abgewiesen und der Widerklage gemäß verurtheilt werden.

No. 33. — II. Senat. Sitzung v. 21. Dezbr. 1854.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Neumarkt.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Breslau.

Objektiv-persönliche Natur der Geldforderung wegen rückständiger Laudemien.

Die dem Berechtigten aus der Nichtzahlung verfallener Laudemien erwachsene Geldforderung bildet eine persönliche Schuld des Erwerbers des Grundstücks und ist daher durch Nichterwähnung in dem Ablösungsrezesse nicht für verloren gegangen zu erachten.*

A. L. R. I. 18. §§ 714. 720. 731.; Verordnung vom 20. Juni 1817 § 170. (Ges.-Samml. S. 161.); Ablösungsgesetz vom 2. März 1850 §§ 47. 48. 99. (Gesetz-Samml. S. 77.); Rentenbankgesetz v. 2. März 1850 §§ 10. 50. (Gesetz-Samml. S. 112.)

* Vergl. Archiv für Rechtsfälle Bd. 6. S. 246., Bd. 7. S. 306., Bd. 12. S. 237., und Entscheidungen Bd. 24. S. 349., und dagegen Archiv für Rechtsfälle Bd. 12. S. 347 ff.

Digitized by Google

Der Rittergut-Besitzer v. S. behauptete, daß die seitens des Joseph R. mittelst Kaufvertrages vom 19. August 1849 von dem Gottfried R. erworbene Freistelle in allen Besitzveränderungsfällen mit 10 Prozent laudemialpflichtig sei, und forderte deshalb von dem Joseph R. Zahlung dieses Laudemiums zum Betrage von 100 Rthlrn. — Der Verklagte widersprach dieser Klage unter Anderem auch aus dem Grunde, weil Kläger etwaiger Nachforderungen durch den von der Königlichen General-Kommission bestätigten Ablösungs-Rezeß vom 17. August und 4. September 1852 verlustig gegangen sei. — Der erste Richter verurtheilte den Verklagten nach dem Klageantrage; der zweite Richter wies den Kläger ab.

Das Ober-Tribunal hat auf die von dem Kläger erhobene Nichtigkeitsbeschwerde das zweite Urtheil vernichtet und in der Sache selbst das erste Urtheil bestätigt.

Gründe:

In dem Erkenntnisse des Ober-Tribunals vom 16. Februar 1852 (Entscheidungen Bd. 25. S. 349.) ist des Näheren nachgewiesen, daß die Forderung des Geldbetrags, welcher vom Uebernehmer eines laudemialpflichtigen Grundstücks zu bezahlen ist, also eine rückständige Lehnwaarenforderung, ihrer Natur nach eine persönliche Forderung an den gedachten Erwerber des Grundstücks sei. Es kann hiernach von einer Ablösung eines verfallenen Lehnwaaren-Rückstands in dem Verfahren über Ablösung von Reallasten gar nicht die Rede sein. — Wenn der § 99. des Ablösegesetzes und der § 10. des Rentenbankgesetzes vom 2. März 1850 die Ueberweisung eines zweijährigen Rentenrückstands an die Rentenbank gestatten, so leuchtet es ein, daß hier an einen Laudemialrückstand nicht gedacht worden, da der Betrag des Rückstands den doppelten Betrag der Jahresrente nicht übersteigen darf, dieser überwiesene Rückstand aber ebenfalls wieder abgelöst werden muß, zur Ablösung jedoch, wie gedacht, ihrer Natur nach Laude-

Digitized by Google

mienrückstände gar nicht geeignet sind. Der Appellationsrichter nimmt hiernach ganz mit Unrecht an, daß der Kläger durch das Nichterwähnen des Lehnwaaren-Rückstandes im Ablösungs-Rezesse vom 17. August und 4. September 1852, sowie durch die, in Gemäßheit des § 170. der Verordnung vom 20. Juni 1817 erfolgte Vorhaltung seine Forderung verloren habe. Vielmehr blieben nach § 50. des Rentenbankgesetzes vom 2. März 1850 dem bisherigen Berechtigten wegen aller Rückstände seine Rechte vorbehalten, und nach den §§ 47. und 48. des Ablösegesetzes vom 2. März 1850 ist auch die Ablösungsrente für die aufgehobene Laudemialverpflichtung des Grundstücks von dem Zeitpunkte der Anbringung der Provokation, also erst für die Zukunft und wegen nachfolgender Fälle, zu entrichten. Der vom Imploranten gerügte Verstoß des Appellationsrichters gegen die allegirten Gesetze ist folglich unzweifelhaft.

No. 34. — IV. Senat. Sitzung v. 4. Januar 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Stadt-Gericht in Berlin.
Gericht II. Instanz: Kammergericht.

Verjährung der Forderung gegen den latitirenden Schuldner.

So lange der Schuldner latitirt, beginnt zum Nachtheile des Gläubigers die Verjährung durch Nichtgebrauch nicht, und hat der letztere daher nicht nöthig, zur Erhaltung seines Rechts gegen den ersteren die Klage anzumelden.*

A. L. R. I. 9. § 516.

Der Maler M. wurde von den Kaufleuten S. und Genossen auf Zahlung von 67 Rthlrn. 5 Sgr. für Schneider-

* Vergl. Archiv für Rechtsfälle Bd. 10. S. 74.

Digitized by Google

arbeiten gerichtlich in Anspruch genommen und in erster Instanz in Kontumaziam nach dem Klageantrage verurtheilt.

Er appellirte und erhob den Einwand der zweijährigen Klageverjährung, worauf der Appellationsrichter, unter Abänderung des ersten Urtheils, auf Abweisung der Kläger erkannte. Das Ober-Tribunal hat auf die von den letzteren eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde das Appellations-Urtheil vernichtet und die Sache selbst zur weiteren Erörterung und anderweitigen Entscheidung in die zweite Instanz zurückgewiesen —

in Erwägung:

daß der Appellationsrichter den Einwand der Verjährung unter Aussetzung des über die gegenseitigen Anführungen angetretenen Beweises für durchgreifend erklärt, daß er jedoch unter den Anführungen der Kläger die von denselben in der Appellations-Beantwortung mit Beweis unterstützten Behauptungen: der Verklagte habe seine Angehörigen ausdrücklich angewiesen, seinen Aufenthaltsort zu verheimlichen, und die an ihn gerichteten Mahnbriefe seien als unbestellbar zurückgekommen, nicht erwähnt hat, diese Behauptungen aber in Verbindung mit den übrigen von den Klägern zur Konstatirung des Latitirens des Verklagten geltend gemachten Anführungen und mit den von dem Verklagten produzirten, auf eine Aufgabe seines bisherigen Wohnsitzes hinweisenden Attesten des Rentamts vom 10. Oktober 1851 und des Polizei-Präsidii zu Berlin vom 25. Oktober 1851 an sich erheblich und geeignet erscheinen, eine entgegengesetzte Entscheidung herbeizuführen, weil sie insgesammt auf ein, der Rechtsverfolgung der Kläger seit Anfang 1850 entgegenstehendes Hinderniß im Sinne des § 516. I. 9. des Allgem. Landrechts zurückzuführen sind, die Wirkungen dieser Vorschrift aber in einem Ruhen und einem Stillstande jeder Verjährung bestehen, mithin derjenige, welcher sich in der Lage des § 516. a. a. O. befindet, nicht genöthigt ist und nicht genöthigt werden kann, zur Erhaltung seines Rechtes gleichwohl

Digitized by Google

die Klage anzumelden, dieses Mittel vielmehr nur, da seine Stelle findet, wo der Lauf der Verjährung schon wirklich begonnen hat, und die bereits begonnene Verjährung nur unterbrochen werden soll, hiernach die Rüge der Verletzung einer wesentlichen Prozeßvorschrift nach § 5. No. 10. litt. a. der Verordnung vom 14. Dezember 1833 und Artikel 3. No. 4. der Deklaration vom 6. April 1839 für begründet zu erachten ist, und die Appellations-Entscheidung der Vernichtung unterliegt; in der Hauptsache aber vor anderweiter Entscheidung noch Ermittelungen zu veranstalten sind.

No. 35. — I. Senat. Sitzung v. 5. Januar 1855.

Revision.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Wesel.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Hamm.

Begründung der Negatorienklage gegen den im Possessorienprozesse geschützten Besitzer eines Kirchenstuhls. — Ersitzung eines Kirchenstuhls.

a. Zur Begründung der Negatorienklage der Kirchengesellschaft gegen denjenigen, welcher im Besitze eines Kirchenstuhls im Possessorienprozesse geschützt ist, bedarf es des Beweises des besseren Rechts nicht.*

A. G. O. I. **31**. §§ 4. 18.; A. L. R. I. **7**. §§ 181. 182., II. **11**. §§ 170. 681-685.

b. Zur Ersitzung eines Kirchenstuhls ist ein Besitz von 44 Jahren erforderlich.

A. L. R. I. **9**. §§ 579. 580. 625. 629., **20**. §§ 12. 14., II. **11**. § 685.

c. Durch die Einführung des Code Napoléon in das ehemalige Großherzogthum Berg ist die vor dieser Ein-

* Vergl. Archiv für Rechtsfälle Bd. 4. S. 5.

Digitized by Google

führung begonnene Ersitzung eines Kirchenstuhls nicht unterbrochen worden.

Code Napoléon Art. 691. 2281.; A. L. R. II. 11. § 685.; Dekret v. 30. Dezember 1809 Art. 64-71. (v. Daniels, Handbuch Bd. 5. S. 407. 440., Bd. 8. S. 76.); Publikations-Patent vom 12. Novbr. 1809 Art. 3. (v. Daniels, Bd. 7. S. 107.)

Die Geschwister v. R. waren im Jahre 1851 auf ihre gegen die Katholische Kirche zu E. im ehemaligen Großherzogthum Berg angestellte Possessorien-Klage in dem Besitze dreier Kirchenbänke geschützt worden. Die gedachte Kirche stellte hiernächst die Negatorienklage gegen dieselben an und verlangte, daß den Verklagten das Recht zur ausschließlichen Benutzung jener Bänke abgesprochen werde. Zur Begründung der Klage berief die Kirche sich auf die gesetzliche Vermuthung für die Freiheit des Eigenthums. — Der Richter erster Instanz wies die Klägerin ab, weil das Possessorien-Erkenntniß die Verklagten bis zum Nachweise eines bessern Rechts der Klägerin schütze, ein solcher Nachweis aber von der Klägerin nicht versucht worden sei. In zweiter Instanz wurden dagegen Verklagte nach dem Klageantrage verurtheilt. Der Appellations-Richter führte aus, daß das Recht, welches die Verklagten auf die streitigen Kirchensitze in Anspruch nähmen, ein dingliches Recht auf eine fremde Sache, und zwar ein negatives Recht im Sinne des § 81. I. 7. des Allg. Landrechts, eine Servitut sei. Die Erwerbung dieser Servitut habe Verklagter der Präsumtion gegenüber, welche der Klägerin zur Seite stehe, nachzuweisen; durch Verjährung könne dieselbe jedoch nicht erworben sein, da der erforderliche Zeitraum von 44 Jahren seinem Anfangspunkte nach in die Herrschaft der Französischen Gesetzgebung falle, nach welcher ein derartiges Servitutrecht keine Anerkennung finde.

Das Ober-Tribunal hat auf die Revision der Verklagten das Appellations-Urtheil aufgehoben und die Sache zur

Digitized by Google

anderweitigen Erörterung und Entscheidung in die erste Instanz zurückgewiesen.

Gründe:

Die Verklagten sind im Besitze der streitigen Kirchenbänke in der Katholischen Kirche zu E. zwar in dem Possessorien-Prozesse geschützt worden, allein daraus folgt keineswegs, daß nun die Kirche, welche die Negatorienklage angestellt hat, ihr besseres Recht, wie dies von dem Richter erster Instanz angenommen ist, beweisen müsse. Das obsiegliche Urtheil im Possessorien-Prozesse entscheidet nach den §§ 4. und 18. I. 31. der Allg. Gerichtsordnung Nichts über das Recht zum Besitz, und hebt namentlich die im § 181. I. 7. des Allg. Landrechts ausgesprochene Vermuthung für die Freiheit des Eigenthums, welche die Vermuthung für die Rechtmäßigkeit des Besitzes überwiegt, eben so wenig auf, als die demjenigen, welcher sich im Besitz, das Eigenthum eines Andern zu beschränken, befindet, im § 182. a. a. O. auferlegte Pflicht, sein Recht zu diesem Besitze nachzuweisen. Die Kirche zu E. ist nun aber nach § 170. II. 11. des Allg. Landrechts ausschließend das Eigenthum der Kirchengesellschaft, oder der klagenden Kirchengemeinde daselbst, und wenngleich das Allg. Landrecht II. 11. §§ 681–685. von einem Eigenthume an Kirchenstellen, die gewissen Personen oder Familien erblich verliehen worden, und von Kirchenstühlen, die einem Hause oder Gute für beständig zugeschlagen sind, redet, so folgt doch aus dem Eigenthum der Kirchengemeinde an der ganzen Kirche von selbst, daß hier nur von dem Eigenthume eines Rechts, d. h. des ausschließlichen Rechts zum Gebrauch der Kirchenstelle, nicht aber von dem Eigenthume an der körperlichen Sache selbst, welches etwa nur an dem Material des Kirchenstuhls denkbar wäre, die Rede sein kann, daß hier also immer eine Beschränkung des Eigenthums der Gemeinde an ihrer Kirche, ein jus in re aliena, vorliegt, — vergl. Erkenntniß des III. Senats vom 9. Juli 1851, Bd. 4. S. 5. des Archivs für Rechtsfälle. Dem Ap-

Digitized by Google

pellationsrichter ist also darin beizupflichten, daß den Verklagten der Beweis ihres Rechts auf die Kirchenbänke, in deren Besitz sie im Vorprozesse geschützt worden sind, obliegt.

Die Verklagten berufen sich in dieser Hinsicht auf die erwerbende Verjährung, welche nach dem Allg. Landrechte zum Erwerb des behaupteten Real-Kirchenstuhls-Rechts für statthaft erachtet werden muß, ohne Rücksicht, ob man dieses Recht als ein Recht auf eine fremde Sache im Allgemeinen, oder nach der Definition des Allg. Landrechts I. 22. § 12. als eine Grundgerechtigkeit, d. h. als eine Befugniß, welche dem einen Grundstücke gegen das andere zusteht, betrachtet.

Denn da nach dem § 685. II. 11. des Allg. Landrechts das gedachte Recht auf einen Kirchstuhl dem bürgerlichen Verkehr nicht ganz entzogen worden, mithin das im § 581. I. 9. des Allgemeinen Landrechts erwähnte Hinderniß der Ersitzung nicht vorhanden ist, so tritt auch hier die Regel ein, nach welcher Rechte jener Art und Grundgerechtigkeiten insbesondere mittelst Verjährung durch Besitz, und zwar, wie im vorliegenden Falle, gegen eine Kirche durch vier und vierzigjährigen Besitz erworben werden können, — Allgem. Landrecht I. 9. §§ 579. 580. 625. 629., I. 22. § 14. Da die gegenwärtige Klage am 9. Dezember 1852 eingelegt worden ist, so fällt der Anfang der 44jährigen Ersitzung in das Jahr 1808, mithin in eine Zeit, wo das Allg. Landrecht in demjenigen Theil des Großherzogthums Berg, wozu E. gehörte, noch Gesetzeskraft hatte. Die behauptete Verjährung begann unter der Herrschaft des Allgemeinen Landrechts. Nach dem zufolge Patents vom 12. November 1809 mit dem 1. Januar 1810 im Großherzogthum Berg geltend gewordenen, und bis zur Wiedereinführung des Allg. Landrechts am 1. Januar 1815 (Publikations-Patent vom 9. September 1814) in E. geltend gebliebenen Code Napoléon, Art. 2281., mußten Verjährungen, die zur Zeit der Bekanntmachung des Code schon ihren Anfang genommen hatten, nach den alten Gesetzen beurtheilt

Digitized by Google

werden, mit Ausnahme jedoch der im Artikel 691. gedachten Servituten, deren Ersitzung durch dieses die Verjährung untersagende Gesetz unterbrochen wurde, — vergl. Präjudiz No. 769; Kabinets-Order vom 1. April 1841 (Justiz-Ministerial-Blatt für 1841 S. 160).

Hiernach ist die dahin aufgestellte Ansicht des vorigen Richters:

> Die erforderliche 44jährige Verjährung führe zu einer Besitzzeit bis 1808 zurück, und da nach der damaligen Geltung des Französischen Gesetzbuches, wie Klägerin mit Recht bemerke, ein solches Servitutrecht keine Anerkennung gefunden habe, so könne von einem 44jährigen Besitze keine Rede sein, —

in der Weise zu berichtigen und näher festzustellen, daß es hier nur darauf ankommt, ob die unter der Herrschaft des Allg. Landrechts begonnene Ersitzung des streitigen Kirchenstuhlrechtes durch den Art. 691. a. a. O., worauf sich die Klägerin auch nur berufen hat, für unterbrochen zu halten sei? Diese Frage ist jedoch zu verneinen, weil der Art. 691. a. a. O. auf das hier in Rede stehende Recht nicht anwendbar erscheint.

Der Code, welcher in dieser Materie das Römische Recht als Hauptquelle benutzt hat, bezeichnet im Art. 637. die Servitut als eine Last, welche einem Grundstücke zum Gebrauch und zum Besten eines, einem andern Eigenthümer zugehörenden Grundstückes auferlegt ist.

Nach Art. 687. werden Servituten entweder zum Vortheil der Gebäude oder anderer Grundstücke eingeräumt (städtische Servituten oder Feldservituten). Diese Servituten theilen die Art. 688. und 689. in fortwährende und nicht fortwährende, so wie ins Auge fallende und nicht ins Auge fallende Servituten, worauf alsdann in den Artikeln 690. und 691. nur die Ersitzung der fortwährenden und zugleich ins Auge fallenden Servituten gestattet, und dagegen der Erwerb der fortwährenden nicht ins Auge fallenden, desgleichen der nicht fort-

Digitized by Google

währenden, wenngleich ins Auge fallenden Servituten nur durch Verleihung erlaubt wird. Wäre hier von einer Servitut im Sinne dieses Gesetzes die Rede, so würde auch das in Frage stehende Recht, da es ohne jedesmalige Handlung eines Menschen nicht ausgeübt werden kann, im Sinne des Art. 688. als nicht fortwährend, und daher, gleichviel, ob es in die Augen fallend war, oder nicht, nach Art. 691. als nicht verjährbar durch Besitz anzusehen sein. Denn das Wesen dieses Rechtes könnte immer nicht in dem Halten einer geschlossenen Bank in der Kirche, sondern in dem ausschließlichen Gebrauch der Kirchstelle beim Gottesdienste gefunden werden, wodurch sich dasselbe als eine nicht fortwährende Servitut darstellen würde.

Man kann dies jedoch dahingestellt sein lassen, da es sich hier überhaupt nicht um eine Servitut im Sinne jener Artikel handelt, welche, wie aus dem Art. 686. noch näher hervorgeht, nur Servituten im Auge haben, welche weder einer Person, noch zum Vortheil einer Person, sondern einem Grundstücke, und zum Vortheil eines solchen aufgelegt werden. Hier handelt es sich dagegen um ein ausschließliches Gebrauchsrecht einer Kirchenstelle, das seiner wesentlichen Natur nach nicht zum Vortheil eines Grundstücks dient, und wenn es gleich im § 685. II. 11. des Allg. Landrechts, sofern es einem Hause oder Gute für beständig zugeschlagen ist, als ein dingliches, auf jeden Besitzer des Grundstücks übergehendes Recht behandelt wird, doch immer seiner eigentlichen Natur nach nur zum Vortheil der die Kirche besuchenden Personen, nicht aber des Grundstücks dient, und eben deshalb nicht füglich unter den in den Artikeln 690. und 691. gedachten wahren Servituten für mitbegriffen erachtet werden kann. Dasselbe Resultat ergiebt sich aber auch aus der Betrachtung, daß es sich hier um eine eigenthümliche, dem Kirchenrecht angehörige Materie handelt, worüber der Code Napoléon, wie über das Kirchenrecht überhaupt, keine Bestimmungen getroffen hat. Die Vermiethung

Digitized by Google

der Kirchenstellen, wo solche zum Besten des Kirchen-Aerars erfolgt, die Verleihung derselben, und das Recht auf einen besondern Kirchenstuhl, sei es vermöge des Patronates, eines Kirchenamtes, oder eines sonstigen Titels und einer denselben ersetzenden Ersitzung, bildet sowohl nach Gemeinem Recht (vergl. Richter, Lehrbuch des Kirchenrechts § 30.) als nach dem Allg. Landrecht II. 11. §§ 676. ff. in Gemäßheit seines Gegenstandes eine Materie des Kirchenrechts, welche häufig durch partikularrechtliche Vorschriften näher normirt worden ist. In gleicher Weise waren über diesen Gegenstand in Frankreich besondere Gesetze, namentlich in dem Dekret vom 30. Dezember 1809: concernant les fabriques des églises, Articles 64–71., wonach unter Anderm die eigenthümliche Ueberlassung von Kirchensitzen untersagt war (vergl. Staatsraths-Gutachten vom 4. Juni 1809), ergangen (v. Daniels, Handbuch der Gesetze aus der Zeit der Fremdherrschaft Bd. 5. S. 407. 440., Bd. 8. S. 76. unter dem Worte: „Kirchensitze"). Diese Gesetze hatten aber in dem fraglichen Landestheil, da sie im ehemaligen Großherzogthum Berg nicht publizirt worden, Gesetzeskraft nicht erlangt. Da nun aber das Publikations-Patent vom 12. November 1809 Art. 3. die bisherigen Vorschriften nur in den Materien aufhob, worüber das Gesetzbuch Napoleons verfügt hatte, so erscheint es unzulässig, dessen Bestimmungen und namentlich den Art. 691. auf eine Materie in Anwendung zu bringen, worüber vielmehr besondere Vorschriften ergangen waren. In einem Urtheil vom 9. Oktober 1840 (Präjudiz, No. 929.) ist vom Ober-Tribunal der Grundsatz ausgesprochen worden, daß der Art. 691. des Code civil die Verjährung bei Fischereien in Flüssen nicht unterbrochen habe, wobei allerdings Gewicht darauf gelegt worden ist, daß im Art. 215. ausdrücklich gesagt worden, daß über die Befugniß, zu fischen, durch besondere Gesetze bestimmt sei. Allein da über die in Rede stehende Materie ebenfalls nicht im Code, sondern

Digitized by Google

durch besondere Gesetze bestimmt worden, so ist hier derselbe Grundsatz anzuerkennen.

Ist hiernach der Art. 691. nicht für anwendbar zu erachten, muß vielmehr die behauptete, schon unter der Herrschaft des Allg. Landrechts begonnene Ersitzung in Folge des Artikels 2281. lediglich nach den Vorschriften des Allg. Landrechts beurtheilt werden, so kommt es nur noch darauf an, ob die Voraussetzungen der 44jährigen Ersitzung im Sinne des Allg. Landrechts vorhanden sind, ob namentlich seitens der Verklagten ein solcher Besitz nachgewiesen ist, wie ihn die §§ 81. 82. I. 7. des Allg. Landrechts voraussetzen?

In dieser Hinsicht ist aber die Sache noch keineswegs spruchreif, da die Richter erster und zweiter Instanz, wenn auch aus verschiedenen, eben als unhaltbar dargestellten Rechtsgründen, jede weitere Beweisaufnahme für unzulässig erachtet haben. Im Possessorien-Prozeß sind zwar schon viele Zeugen über die Besitzhandlungen der Verklagten verhört; allein theils hat die Klägerin nachzuweisen gesucht, daß der Besitz in geeigneter Weise weder ergriffen, noch fortgesetzt worden, theils haben die Verklagten noch Beweis hierüber und namentlich darüber angetreten, daß die fraglichen Bänke, abweichend von den übrigen, nicht nur mit Thür und Schloß versehen, sondern auch verschlossen, und die Schlüssel in ihren Händen gewesen. Es liegt hier also der Fall des § 8. I. 15. der Allg. Gerichtsordnung, so wie der § 3. des Gesetzes vom 20. März 1854 (Gesetz-Sammlung S. 115.) vor. Hiernach war, wie geschehen, das vorige Urtheil aufzuheben, und die Sache zur näheren Erörterung und Beweisaufnahme in Betreff der Ersitzung in die erste Instanz zu verweisen.

Digitized by Google

No. 36. — Plenum. Sitzung v. 8. Januar 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Züllichau.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Frankfurt.

Uebergang des eingetragenen Altentheils auf den Käufer bei gerichtlich nothwendigen Käufen.

Beim Mangel entgegengesetzter Feststellungen im Zuschlagsbescheide muß der Adjudikatar ein auf dem in nothwendiger Subhastation erstandenen Grundstücke eingetrageues Altentheil nicht blos insofern, als es in Wohnung, sondern auch insoweit, als es in Nießbrauch und wiederkehrenden Geld- oder Naturalleistungen besteht, auch wenn ihm dessen Uebernahme weder bei der Lizitation, noch durch die Adjudikatoria zur Bedingung gemacht worden, neben dem Kaufgelde übernehmen.

A. L. R. I. **11.** § 342.; Allgem. Hypotheken-Ordnung I. §§ 48. 49.; Allgem. Gerichts-Ordnung I. **52.** Anh. § 401. zu § 35.; Subhastations-Verordnung vom 4. März 1834 § 16. (Gesetz-Samml. S. 43.)

Auf der in nothwendiger Subhastation verkauften Bauernahrung No. 70. in Züllichau war zufolge Verfügung vom 7. März 1845. unter Rubrika II. No. 7. des Hypothekenbuchs aus dem gerichtlichen Kaufkontrakt vom nämlichen Tage für den Verkäufer Gottfried P. ein im § 4. des Vertrages spezifizirtes lebenslängliches Ausgedinge eingetragen, bestehend — außer dem, die Benutzung der Ausgedingerstube und des Bodens enthaltenden Wohnungsrechte — in jährlichs zwölf Scheffeln Roggen, zwei Scheffeln Gerste, einem Scheffel Erbsen, einem Scheffel Weitzen, einem Scheffel Hirse, zwei Klaftern kiefern Scheitholz, sechs Thalern baaren Geldes, freiem Futter für eine

* Vergl. Archiv für Rechtsfälle Bd. 10. S. 229. 323., Bd. 12. S. 327. 342. 347. ff., Bd. 14. S. 217.

Digitized by Google

Kuh, sechs vollständig gedüngten und zubereiteten Beeten Land zu Kartoffeln und in dem Rechte, zwei Hühner und sechs Gänse zu halten.

Dieses Ausgedinges war zwar in dem Tax-Instrumente gedacht, jedoch war dasselbe von dem Werthe des Grundstücks nicht in Abzug gebracht worden. Auch war weder in den Kaufbedingungen, noch auch in dem Zuschlagsbescheide in Betreff desselben eine Bestimmung getroffen, der Adjudikationsbescheid enthielt vielmehr nur die allgemeine Klausel: „daß das Grundstück unter den gesetzlichen, bei nothwendigen Subhastationen vorgeschriebenen Bedingungen zugeschlagen werde."

Der Altsitzer P. verlangte, daß von den baar eingezahlten Kaufgeldern eine dem Werthe des Altentheils entsprechende Summe zurückbehalten werde, damit er deren Zinsen lebenslänglich genießen könne, und wurde, als diesem Verlangen seitens des Vormundes der L.'schen Minorennen, Kupferschmiedemeisters H., rücksichtlich des für dessen Pflegebefohlene auf Grund jener nämlichen Verfügung vom 7. März 1845 unter Rubrika III. No. 7. eingetragenen Kapitals von 500 Rthlrn. nebst privilegirten Zinsen widersprochen wurde, gegen die Geschwister L. mit dem Antrage klagbar: daß zur Entscheidung der Frage, in welchem Verhältniß die Parteien an den Zinsen der streitigen Spezialmasse zu partizipiren hätten, der Werth des jährlichen Ausgedinges auf 88 Rthlr. 27 Sgr. 11 Pf., der Kapitalswerth desselben zum 25fachen Betrage auf 2233 Rthlr. 7 Sgr. 11 Pf. festzustellen und demgemäß die Zinsen der Streitmasse zwischen ihm, so lange er lebe, und den Geschwistern L. nach Verhältniß des Kapitalswerthes des Ausgedinges und des Kapitals der Geschwister L. zu vertheilen. — Das Gericht erster Instanz wies den Kläger zur Zeit ab, weil zuvor nachgewiesen werden müsse, daß Kläger sich mit an den Adjudikatar halten, die Frage nach dessen Verpflichtung aber nur mit ihm selbst und nicht mit den verklagten Gläubigern ausgemacht werden könne.

Auf Appellation des Klägers änderte das Gericht zweiter

Digitized by Google

Instanz das erste Urtheil dahin, daß die Streitmasse zur Befriedigung beider Theile in der Weise zu vertheilen, daß davon dem Kläger und dem Verklagten eine Summe zu überweisen, welche dem Verhältniß zwischen dem im besonderen Verfahren auszumittelnden Kapitalwerthe des in dem Vertrage vom 7. März 1845 dem P. ausgesetzten Ausgedinges einerseits und dem den Verklagten gebührenden Kapitale von 500 Rthlrn. andererseits entspreche, der hiernach auf dem P. fallende Betrag aber auf so lange, als derselbe lebe, in einer besondern Masse zurückzubehalten, um die Zinsen davon vierteljährlich an den P. zu zahlen, von dem Todestage desselben ab jedoch auch diesen Betrag den Verklagten zur Verfügung zu stellen. Das Gericht ging davon aus, daß nach den §§ 266. ff. II. der Hypotheken-Ordnung, den §§ 401. 402. des Anhangs zur Allg. Gerichts-Ordnung, dem § 19. der Verordnung vom 4. März 1834 und dem § 183. I. 11. des Allgem. Landrechts bei nothwendigen Subhastationen alle diejenigen Realforderungen, welche nicht gesetzlich oder vermöge ausdrücklicher Festsetzung im Adjudikationsbescheide oder durch besondere Einigung des Käufers mit den Subhastations-Interessenten auf dem Grundstücke stehen blieben, zur Löschung gebracht und auf die Kaufgelder angewiesen werden müßten. Er hielt das Ausgedinge für keine beständige öffentliche Last und gemeine Abgabe, welche bei jeder Taxe vorweg in Abzug zu bringen, und daher vom Käufer zu übernehmen sei (Reskript vom 21. April 1839, Justizministerialblatt von 1839 S. 162. 163.), nahm vielmehr an, daß der Ausgedingeberechtigte, wenn, wie im vorliegenden Falle, weder im Adjudikationsbescheide, noch mit dem Käufer eine die Uebernahme festsetzende Bestimmung getroffen worden, das Altentheil auch bei der Taxe nicht mit in Anschlag gekommen sei, mit seinen Ansprüchen wie jeder andere Pfandgläubiger an die Kaufgeldermasse verwiesen werden müsse. Nach der von ihm entwickelten Natur des Ausgedinges erachtete er die Zurückbehaltung eines verhältnißmäßigen Kapitals von der Streitmasse, um von dessen

Digitized by Google

Zinsen die künftigen Ausgedinge-Prästationen zu berichtigen, nach § 555. I. 50. der Allgem. Gerichtsordnung für begründet, weil dieses Kapital mit der Hypothekenforderung der Verklagten gleiche Rechte habe, jedoch ebensowenig, wie diese, zur Hebung kommen könne, und es sich von selbst verstehe, daß der für den Kläger auszuwerfende Bestand nur zur Verzinsung für ihn zurückzubehalten und nach seinem Ableben an die Verklagten zurückzugeben sei.

Auf die von den Verklagten eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde hat das wegen Konflikts der Ansicht des betreffenden Senats mit den von dem Ober-Tribunal in früher gefällten Urtheilen, namentlich in dem Urtheile vom 22. September 1853 (Band 10. Seite 323. des Archivs für Rechtsfälle) angenommenen Grundsätzen kompetent gewordene Plenum des Ober-Tribunals das Appellations-Erkenntniß vernichtet und das Erkenntniß erster Instanz bestätigt.

Gründe:

Die Entscheidung hängt wesentlich von der Beantwortung der Frage ab;

ob die fraglichen Altentheils-Prästationen von dem Adjudikatar übernommen werden müssen, oder der Altentheils-Berechtigte sich deshalb an die Kaufgelder halten kann?

Dieselbe ist durch den Plenarbeschluß vom 20. April 1844 (Entscheidungen Bd. 10. S. 12.) in ihren allgemeinen Beziehungen bereits dahin entschieden, daß auch die, aus besonderen Verträgen oder sonstigen speziellen Rechtstiteln auf dem subhastirten Grundstücke eingetragenen fortdauernden Lasten durch den Zuschlag auf den Adjudikatar übergehen, und der Plenarbeschluß vom 15. Mai 1854 hat demnächst über den speziellen Fall eines Wohnungsrechts ausgesprochen:

daß — bei dem Mangel entgegenstehender Feststellungen in dem Zuschlagsbescheide — der Adjudikatar ein auf dem in nothwendiger Subhastation erstandenen Grundstücke einge-

Digitized by Google

tragenes Wohnungsrecht noch neben dem Kaufgelde übernehmen müsse.

Diese Entscheidung ist auch für das unter der hier in Rede stehenden Altentheils-Berechtigung des Klägers mitbegriffene Wohnungsrecht entscheidend.

In Betreff der außer dem Wohnungsrechte dem Kläger zustehenden Prästationen kommt die Frage:

ob auch diese Prästationen als solche zu betrachten seien, welche auf den Adjudikatar übergehen, und wegen welcher sich der Berechtigte für die Zukunft an jenen halten muß? oder

ob der Berechtigte befugt sei, seine desfallsige Befriedigung aus den Kaufgeldern des Grundstücks zu fordern?

prinzipiell zur entscheidenden Erörterung.

Diese Erörterung führt zur Bejahung der ersten Alternative. Die Bejahung ergiebt sich im Wesentlichen schon aus den in den gedachten Plenarbeschlüssen vom 22. April 1844 und 15. Mai 1854 entwickelten Grundsätzen; sie muß aber auch speziell in Betreff der hier außer dem Wohnungsrechte in Rede stehenden Altentheils-Berechtigungen angenommen werden.

Es kommt vor Allem darauf an, den wesentlichen Unterschied hervorzuheben und festzuhalten, welcher zwischen fortdauernden, wenngleich auf speziellen Titeln beruhenden Reallasten und solchen Forderungen besteht, die vom Hause aus auf dereinstige Auszahlung und Tilgung gerichtet sind, und für welche das Grundstück nur zur Hypothek haftet. Bei den ersteren geht der Zweck des Geschäfts von vornherein dahin, daß das Grundstück selbst als verpflichtet angesehen werden und bleiben soll, so daß von einer Rückzahlung in der Regel nicht die Rede ist. Durch die Auflegung einer solchen dauernden Last tritt daher auch eine dauernde Verminderung des Ertragswerths ein, die der Erwerber wie bei den gemeinen öffentlichen Lasten beachtet, und die auf die Preisbestimmung von Einfluß ist, wogegen bloße Pfandschulden in dieser Beziehung gleichgültig

Digitized by Google

erscheinen und nur auf die Art der Berichtigung des Kaufgeldes Einfluß äußern.

Von dieser Ansicht geht auch die Hypotheken-Ordnung I. § 48. und § 49. hinsichtlich der in die zweite Rubrik einzutragenden Lasten aus. Für einen Realberechtigten dieser Art, der die Zahlung einer Kapitalsforderung weder zu verlangen noch zu erwarten hat, ist daher der Verkauf des verpflichteten Grundstücks, wenn schon ein nothwendiger, in der Regel etwas Gleichgültiges, indem sämmtliche, dauernd und dinglich mit dem Grundstück verbundene Lasten auf demselben haften und auf den Käufer übergehen (wofern nicht besondere Umstände, z. B. früher eingetragene Pfandschulden, eine Ausnahme bedingen) und die Kaufgelder nur unter die Gläubiger im eigentlichen Sinne vertheilt werden.

Nur diese Gläubiger hat die Vorschrift der §§ 266. ff. II. der Hypotheken-Ordnung, sowie ferner die Verordnung vom 4. März 1834 im Sinne, welche letztere nur der Hypothekenforderungen, die entweder der Käufer übernommen hat, oder die aus den Kaufgeldern berichtigt werden sollen, gedenkt, also ebenfalls davon ausgeht, daß die eingetragenen Lasten regelmäßig vom Käufer zu übernehmen sind. Deshalb wird auch die Reallast, die nicht als accessorisches, sondern als Hauptrecht ein dingliches Recht ist, nicht in die dritte Rubrik des Hypothekenbuches, sondern in die zweite eingetragen, und zwar nicht in Folge einer etwaigen Hypothekenbestellung des Verpflichteten, sondern auf einseitigen Antrag des Berechtigten respektive von Amtswegen. Die zweite Rubrik des Hypothekenbuches stellt diejenige Beschaffenheit des Grundstücks dar, in welcher jeder Erwerber dasselbe zu übernehmen hat, gleichviel ob die eingetragene Last eine öffentliche gemeine Last, oder eine auf besonderem Titel beruhende ist.

Daß aber ferner das Altentheil zu den Lasten dieser Art gehört, unterliegt ebensowenig einem Zweifel, weder nach Gemeinem Rechte, noch zufolge des daraus hervorgegangenen ein-

Digitized by Google

heimischen Rechts. In dem Altentheil vereinigen sich zu dem Zwecke, den abtretenden Alten eine ihrer bisherigen Lebensweise entsprechende Existenz zu sichern, allerlei Gerechtsame, welche im Rechtssysteme eine verschiedene, zuweilen bestrittene Stelle einnehmen, und theils als persönliche Servituten, theils als Leistungen des Gutsannehmers (mögen diese im Dienen oder im Geben bestehen) sich darstellen, die aber nach der ganzen Bestimmung des Instituts und dem Willen der Konstituenten mit einander verbunden bleiben sollen, und daher nicht einer verschiedenen rechtlichen Beurtheilung je nach den einzelnen Bestandtheilen des Ganzen unterliegen können. Die weit überwiegende Ansicht der Germanisten geht denn auch dahin, daß sowohl jene Servituten, als diese Leistungen dem Grundstücke ankleben und Reallasten sind.

Vergl. Runde, von der Leibzucht II. 404. ff.;
Reyscher und Wilde, Zeitschrift für Deutsches Recht VII. 26.

Damit stimmt die einheimische Gesetzgebung überein, sofern nach § 602. I. 11. des Allgem. Landrechts das Altentheil alle diejenigen Vortheile begreift, welche der Uebernehmer einer bäuerlichen Stelle dem vorigen Besitzer zu seiner Versorgung auf Lebenszeit anweist, und hieraus erhellt, daß alle diese Vortheile, worin sie auch bestehen, durch den angegebenen gemeinsamen Zweck zu einem rechtlichen Ganzen verbunden werden. Auch die Vorschrift des § 604. daselbst, nach welcher der Richter die Einräumung solcher übermäßigen Vortheile verhindern soll, wodurch der Uebernehmer an der Tragung der Lasten der Stelle gehindert würde, enthält wenigstens eine Andeutung darauf, daß der Altentheil die Stelle, das Grundstück beschwert.

Da nun die in dem Altentheile enthaltenen Rechte, ihrem Charakter gemäß, unmittelbar dingliche und nicht erst durch ein accessorisches Pfandrecht mit dem Grundstücke verbunden sind, so entspricht es auch den Grundsätzen unseres Rechts, diesel-

Digitized by Google

den sämmtlich als Realverbindlichkeiten anzusehen, welche mit dem belasteten Grundstücke auf den neuen Erwerber übergehen, ebenso wie öffentliche Lasten und andere Reallasten im eigentlichen Sinne. Die Hypotheken-Ordnung namentlich zählt im Titel I. §§ 47–54. die auf einem Grundstücke haftenden beständigen Lasten, und zwar sowohl die gemeinen, als die auf besonderen Titeln beruhenden, sowie ferner Realverbindlichkeiten im engeren Sinne und Beschränkungen der Disposition des Besitzers, und endlich Realservituten als solche auf, welche in die zweite Rubrik des Hypothekenbuches einzutragen sind, und die üblichen Bestandtheile eines Ausgedinges sind eben aus solchen Realverbindlichkeiten und resp. Dispositionsbeschränkungen gemischt. Der § 49. I. der Hypotheken-Ordnung läßt auch unablösbare Geld- oder Kornzinsen, Renten und andere Hebungen, welche gewissen Personen von einem Grundstücke gebühren, und die ein Kauflustiger bei seinem Gebote vom Ertrage des Grundstücks abzuziehen pflegt, in die zweite Rubrik eintragen.

Endlich bestimmt auch das neuere Gesetz vom 24. Mai 1853 (Gesetz-Sammlung S. 521.), daß die Eintragung von Altentheilen, wenngleich darin bestimmte Geld- oder Naturalleistungen begriffen sind, nur in der zweiten Rubrik des Hypothekenbuches erfolgen soll.

Behält man im Auge, daß das Institut des Altentheils bezweckt, den abgehenden Besitzer lebenslänglich auf dem Hofe mit den auch nach den Kräften und der besonderen Beschaffenheit des Hofes angemessenen Vortheilen zu versorgen, daß der Abtretende in dieser Stellung auf dem Hofe bis an sein Lebens-Ende verbleiben will, gesichert gegen den Wechsel des Besitzes, so müssen auch diejenigen ausbedungenen Leistungen, welche von jedem und allenthalben geleistet und genossen werden können, dem Zuge und der Richtung des ganzen Instituts folgen.

Dem steht auch nicht entgegen, daß das Altentheil nur für die Lebenszeit des Berechtigten berechnet ist, da die Reallast

Digitized by Google

gar nicht nothwendig auch ein onus perpetuum ist, und ihr dinglicher Charakter durch eine Beschränkung in ihrer Dauer ebensowenig leidet, wie z. B. bei dem Nießbrauche.

Hiergegen kann auch nicht geltend gemacht werden, daß das alte bei den unfreien bäuerlichen Gütern herkömmlich gewesene Institut nicht mehr bestehe, seitdem nur freies Landeigenthum vorhanden, die Vorschrift der §§ 603. 604. I. 11. des Allgem. Landrechts daher auch aufgehoben sei, das Altentheil jetzt lediglich auf vertragsmäßigen Verabredungen beruhe, die der freien Willkür der Kontrahenten überlassen wären, und deshalb sich, mit Ausnahme des Wohnungsrechts, an den übrigen Altentheils-Prästationen, und namentlich an den ausgesetzten lebenslänglichen Geldrenten, ein in sich dinglicher Charakter nicht erkennen lasse, sie vielmehr bloße Forderungen seien, gleich dem Darlehne u. s. w., und das Grundstück für dieselben nur accessorisch, wie für eine Hypothekenforderung hafte.

Ebensowenig läßt sich geltend machen, daß diese anderen Altentheils-Prästationen keine Reallasten seien, vielmehr unter die im § 154. der Konkurs-Ordnung erwähnten jährlichen Prästationen gehörten, welche (wie es dort heiße) „nicht als eine beständige Last auf einem unbeweglichen Grundstücke haften, sondern zu einer bestimmten oder unbestimmten Zeit wieder wegfallen, z. B. Alimente, welche der Schuldner an Jemanden zu entrichten hat, die am gehörigen Orte angesetzt, und für welche ein Kapital, dessen Zinsen zu ihrer Befriedigung hinreichen, unter Vorbehalt des künftigen Rückfalles an die Masse, ausgeworfen werden muß, daß aber dasjenige, was unter Reallasten zu verstehen sei, wenn auch nicht im Landrecht, doch neuerlich im § 6. des Gesetzes vom 2. März 1850 (Gesetz-Sammlung S. 82.) ausgesprochen worden, nämlich „beständige“ Abgaben und Leistungen, welche auf Grundstücken und Gerechtigkeiten haften; und daß dort zugleich alle Reallasten (mit wenigen speziell bestimmten Ausnahmen), für ablösbar erklärt worden, die Altentheilsgebührnisse aber keine be-

Digitized by Google

ständige Last seien; daß die Hypotheken-Novelle vom 24. Mai 1853 kein materielles Recht gebe, sondern nur die Form der Eintragung des Altentheils betreffe, und daß von dem praktischen Gesichtspunkte aus der Käufer eines Grundstücks aus nothwendiger Subhastation ein von Schulden und Lasten, die er nicht mit übernommen habe, und die nicht als gemeine Lasten Jedermann kenntlich seien, freies Eigenthum zu erlangen erwarte, und am allerwenigsten eine Last, wie das Altentheil, sich aufladen möge, die nur unter nahen Verwandten erträglich, für Fremde aber eine unversiegliche Quelle von Streitigkeiten werde."

Denn hier ist nur von einem in das Hypothekenbuch in Rubrika II. eingetragenen Altentheil die Rede, und der Adjudikatar hat also gewußt, daß dasselbe das Grundstück belaste. Das Allgem. Landrecht verweist im § 605. a. a. O. wegen der näheren Bestimmungen über das Altentheil auf die Provinzial-Gesetze, und es hat also auch und selbst nach Aufhebung der Bestimmungen der §§ 603. 604. (über die richterliche Einwirkung bei Regulirung des Altentheils) die in den provinziellen Gewohnheiten enthaltenen Grundsätze des Gemeinen Deutschen Rechts über diese Materie fortdauernd gelten lassen. Darnach giebt es hin und wieder selbst einen gesetzlichen Altentheil. Aber auch das konventionelle Altentheil ist ein Reservat, welches der Abtretende sich vorbehält, das er also dem Annehmer mit überlassen hat, und dieses Reservat begreift das ganze Altentheil, so daß man das letztere durchaus nicht theilen kann. Das Ganze ist aus dem Gute zu leisten, und das Gut ist von Hause aus das verpflichtete Subjekt, keineswegs blos accessorisch dafür verhaftet.

Eine Beständigkeit in dem Sinne, als sei die Verpflichtung durchaus auf ewige Dauer berechnet, gehört aber nicht zum Wesen der Reallast, und spricht namentlich die Hypotheken-Ordnung auch von Reallasten, die nicht beständig sind. Die Hinweisung auf § 6. des Gesetzes vom 2. März 1850 aber

Digitized by Google

ergiebt bei richtiger Auffassung gerade, daß die Altentheils-Berechtigung keine beständige Last im Sinne dieser Vorschrift und deshalb nicht ablösbar ist.

Hieraus ergiebt sich nun der Grundsatz:

daß, bei dem Mangel entgegenstehender Festsetzungen im Zuschlagsbescheide, der Adjudikatar ein auf dem in nothwendiger Subhastation erstandenen Grundstücke eingetragenes Altentheil nicht blos insofern, als es in Nießbrauch und in wiederkehrenden Geld- oder Naturalleistungen besteht, auch wenn ihm dessen Uebernahme weder bei der Lizitation, noch durch die Adjudikatoria zur Bedingung gemacht worden, neben dem Kaufgelde übernehmen muß.

Dieser Grundsatz betrifft alle in dem Altentheile des Klägers begriffenen Leistungen, und es folgt aus jenem Grundsatze, daß das Appellations-Urtheil, welches denselben nicht angenommen, sondern verkannt hat, vernichtet werden muß.

Zugleich folgt aber auch aus jenem Grundsatze, daß in der Hauptsache das Erkenntniß des Kreisgerichts zu Züllichau wiederhergestellt werden muß. Dasselbe stellt im Allgemeinen jenen Grundsatz auf und entscheidet die daraus sich ergebende konkrete Frage: ob der Kläger wegen seiner Altentheilsberechtigungen sich an den Adjudikatar halten könne? nur deshalb nicht, weil eine solche Entscheidung in dem vorliegenden Prozesse offen bleiben müsse, und nicht erfolgen könne, indem der Adjudikatar dabei nicht zugezogen worden ist. Er weist daher den Kläger nur zur Zeit ab, und da die Verklagten sich dabei beruhigt haben, so war das erste Erkenntniß zu bestätigen.

Digitized by Google

No. 37. — II. Senat. Sitzung v. 9. Januar 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Paderborn.
Gericht II. Instanz; Appellations-Gericht daselbst.

Wirkung der Anmeldung der Klage gegen den verstorbenen Schuldner.

Durch die Anmeldung der Klage gegen den verstorbenen Schuldner wird die Verjährung der Klage nicht unterbrochen.*

A. L. R. I. 9. § 551.

Der Graf zur L. nahm den Ackermann Heinrich O. auf Zahlung der Martini-Marktpreise der in den Jahren 1824 bis 1826 einschließlich rückständig gebliebenen Grundabgaben von jährlich 9 Scheffeln Hafer zum Betrage von 46 Rthlrn. 20 Sgr. 3 Pf. nebst Verzugszinsen seit den Verfalltagen in Anspruch, indem er anführte, daß seit dem Jahre 1824 zuerst Johann O., dann dessen Wittwe, und seit dem 26. August 1832 zufolge mütterlicher Disposition der Verklagte Besitzer des prästationspflichtigen Grundstücks gewesen, letzterer also für die Rückstände dinglich und persönlich verpflichtet sei. Zur Widerlegung des Einwandes der Verjährung nach § 2. No. 5. des Gesetzes vom 31. März 1838 berief der Kläger sich auf drei vor dem Ablaufe der Jahre 1842, 1846 und 1850 angebrachte Klageanmeldungen. — Der Verklagte beantragte die Abweisung des Klägers. Er hielt die Klage für verjährt, weil alle drei Klageanmeldungen nicht gegen ihn, sondern gegen seine Vorbesitzerin, die Wittwe O. angebracht, überdies aber derselben, weil sie bereits verstorben gewesen, nicht behändigt worden seien. — Das Gericht erster Instanz wies auf den Grund der Verjährung den Kläger ab. Das Gericht zweiter Instanz bestätigte dies Urtheil.

* Vergl. Archiv für Rechtsfälle Bd. 8. S. 371.

Digitized by Google

Das Ober-Tribunal hat die von dem Kläger erhobene Nichtigkeitsbeschwerde verworfen.

Gründe:

Eine Klage gegen den Verklagten, der sich schon seit länger als zwanzig Jahren im Besitze des belasteten Grundstücks befindet, ist wegen der Rückstände aus der Besitzzeit seines Vorgängers nicht angestellt. Es sind zwar Klagen wider den Vorbesitzer angemeldet, allein wegen Absterbens desselben nicht insinuirt worden. Es war die Klage oder Klageanmeldung nur gerichtet wider einen zur Zeit der Klageanstellung bereits Verstorbenen, und auch weder dem jetzt Beklagten jemals insinuirt, noch überhaupt deren Insinuation auf eine seiner Zahlungspflicht entsprechende Weise vollzogen. Der § 551. I. 9. des Allg. Landrechts bestimmt zwar, daß mit dem Augenblicke, da Jemand seine Klage bei dem gehörigen Richter anmeldet, die Verjährung unterbrochen werde; es bedarf jedoch keiner Ausführung, daß eine unter die Vorschrift des § 551. a. a. O. fallenden Klageanmeldung, wie sie im § 2. I. 4. der Allg. Gerichts-Ordnung qualifizirt worden, hier wider den Imploraten gar nicht vorliegt. Dem Kläger lag es jedenfalls ob, von dem durch das Absterben des Vorbesitzers für die Verfolgung seiner Klage wider diesen eingetretenen Hinderniß Kenntniß zu nehmen, und, wenn er den jetzigen Besitzer, sei es auf Grund einer persönlich überkommenen Verpflichtung oder wegen der dinglichen Natur der Verbindlichkeit, in Anspruch nehmen wollte, gegen diesen vor Ablauf der Verjährungsfrist die Klage zu richten. Nur wenn die Sache durch die Schuld des Richters liegen geblieben, läuft dem, welcher eine Klage angemeldet hat, keine Verjährung. Daß dieses geschehen, ist vom Imploranten nicht behauptet, und fällt ihm daher der durch das Gesetz an die unterlassene Ausübung des Klagerechts geknüpfte Verlust dieses Rechts allein zur Last.

Digitized by Google

No. 38. — V. (Rheinischer) Senat.

Sitzung vom 9. Januar 1855.

Kassationsrekurs.

Gericht I. Instanz: Land-Gericht in Trier.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gerichtshof in Köln.

Haftbarkeit der Bauunternehmer.

a. Die Architekten und Bauunternehmer haben nach Art. 1792. des Bürgerlichen Gesetzbuches die Einwirkung äußerer während des Baues eintretender Ereignisse zu vertreten, wenn sie dieselben abwenden konnten.

b. Der bezogene Artikel umfaßt alle Fälle der Gefährdung der Solidität des Baues.

c. Unter dem Worte dieses Artikels „construction" ist die ganze Leitung des Baues zu verstehen. Es fallen darunter alle Maaßregeln, welche durch das Hinzutreten äußerer Ereignisse rathsam werden.

d. Jeder, welcher die Ausführung eines Baues unternimmt, ist als Sachverständiger zu behandeln.

e. Der Art. 1793. a. a. O. untersagt dem Unternehmer keineswegs jegliche Mehrforderung über den ursprünglich verabredeten Preis.

Code civil Art. 1792. 1793.

Durch Vertrag vom 18. Juni 1837 übernahm der Kassationskläger Kaufmann K. unter Bürgschaft des Kassationsmitklägers Kaufmanns F. den Neubau der Kirche zu Ensch. Plan und Kostenanschlag waren von der Königlichen Baubehörde, die Bedingungen in dem Protokolle vom 24. April 1837 ausdrücklich und durch Bezugnahme auf die von der Regierung zu Trier am 28. Februar 1827 für die Unternehmer öffentlicher Bau-

Digitized by Google

arbeiten vorgeschriebenen „Allgemeinen Bedingungen“ festgestellt. Im § 24. der letzteren heißt es:

> Nach Vollendung und Abnahme der Arbeiten haftet der Unternehmer für deren Dauer während der in Gemäßheit des Bürgerlichen Gesetzbuches zu bestimmenden Frist und bleibt zum Ersatze des Schadens verbunden, der als Folge schlechter Arbeit oder angewendeten untauglichen Materials, wovon die Beurtheilung bei der Revision nicht mehr möglich war, erweislich gemacht wird.

Der Bau wurde übernommen, und die Auszahlung bereits am 10. April 1843 verfügt, obgleich die betreffenden Baubeamten bei der Revision des Baues bereits einige Risse in der Schlußmauer der Kirche und die nicht befriedigende Qualität der Sandsteine konstatirt hatten.

Am 9. Juni 1850 wurde jedoch, da jene Risse sich in bedenklicher Weise vergrößert, und die Fehler jener Quadern sich zunehmend gezeigt hatten, von den dazu autorisirten Gemeinden Klage wider den Unternehmer und Bürgen erhoben, und zwar mit dem Antrage, dieselben solidarisch verpflichtet zu erklären, binnen einer näher zu bestimmenden Frist die äußere Schlußmauer niederzureißen und kontraktmäßig wieder aufzubauen und neue Sandsteine zu legen. Nachdem das Landgericht zu Trier durch Urtheil vom 31. März 1851 die von den Verklagten aufgestellte Einrede der Verjährung verworfen, durch Urtheil vom 30. Juni desselben Jahres die Klage, soweit sie die Sandsteinfließen betraf, zurückgewiesen und eine Expertise angeordnet hatte, verurtheilte es am 17. November 1852 die Verklagten zur Niedereißung und vertragsmäßigen Herstellung der fraglichen Mauer binnen Jahresfrist, ermächtigte eventuell die Kläger, dies auf Kosten der Verklagten auszuführen und verurtheilte diese solidarisch in einen nach status zu ermittelnden Schadenersatz. Die Verklagten hatten ihrerseits den Maurermeister S. odzitirt, um sie zu vertreten, eventuell schadlos zu halten, und ist dieser auch durch das erwähnte Urtheil zu solcher Schadlos-

Digitized by Google

haftung verurtheilt, in der weiteren Prozedur aber nicht ferner aufgetreten.

Die Verklagten appellirten, indem sie zunächst auszuführen suchten, daß nach der Expertise die Mängel des Baues hauptsächlich durch die schlechte Beschaffenheit des Bodens und durch die mangelhafte Bindekraft des an den Fundamenten und am Sockel verwendeten Mörtels entstanden seien. Dies aber falle ihnen nicht zur Last. Der Art. 1792. des Bürgerlichen Gesetzbuches mache zwar den Architekten oder Entrepreneur auch für die Fehler des Bodens verantwortlich, verstehe aber, wie die Diskussionen ergäben, unter Entrepreneur nur einen sachverständigen Unternehmer, und denke nicht an den Fall, wo die Person des Sachverständigen von der des kontraktmäßigen Unternehmers getrennt sei. Eventualiter sei der Art. 24. der kontraktmäßigen Bedingungen maaßgebend, nach welchem die Unternehmer nur für den in Folge schlechter Arbeit oder untauglichen Materials eingetretenen Schaden verantwortlich gemacht seien und mithin für die Mängel der Bodenbeschaffenheit, für die von den bei dem Bau einwirkenden Königl. Baubeamten angeordneten Maaßregeln, und für die durch die Witterung bei der Fortsetzung des Baues herbeigeführte Unzulänglichkeit des Mörtels nicht haften könnten. Sie beantragten hiernach Abweisung der Klage, eventuell Zulassung zum Beweise über eine Reihe artikulirter Thatsachen, aus denen hervorgehen sollte, daß K. auf die schlechte Beschaffenheit des Bodens aufmerksam gemacht und darauf nur nach speziellen Vorschriften der Königl. Baubeamten weiter gebaut habe, daß die Verschlechterung des Mörtels durch Gewitterregen entstanden, und die Verzögerung bis in den Winter die Folge der Anordnungen der Baubeamten gewesen, daß aber auch das durch die Gemeinde bewirkte Ausfüllen der Fundamente mit Erde einen dem Unternehmer nicht zuzurechnenden Einfluß gehabt habe.

Die klägerischen Gemeinden artikulirten ihrerseits eventuelle Gegenbeweissätze.

Digitized by Google

Der Appellations-Gerichtshof verwarf jedoch in seinem Urtheile vom 20. Februar 1854 die Berufung.

Gegen dies Urtheil ergriffen die Verklagten den Kassationsrekurs und stellten vier Kassationsmittel auf:

I. Verletzung des Artikels 1792. in Verbindung mit den Artikeln 1134. 1315. 1146. ff. 1382. ff. 1627. ff. 1729. 1989. 1991. 1992. des Bürgerlichen Gesetzbuches durch Nichtberücksichtigung des vorliegenden Vertrages und des angetragenen Beweises. Der Artikel 1792. bestimme die Garantiepflicht nur in Ermangelung abweichender Vertragsbestimmungen. Der Artikel 1134. müsse daher auch hier durchgreifen. Ein Vertrag, wie der vorliegende, wo der Unternehmer Arbeit und Material liefere, falle unter die Kategorie des Kaufes, und daher müßten die Art. 1627. ff., welche bei diesem den Parteien gestatteten, die Garantiepflicht aufzuheben, auch hier Anwendung finden. Der Art. 1792. beruhe ferner auf die Fiktion einer culpa des Unternehmers; sofern also bewiesen werde, daß der Unternehmer seiner Warnung ungeachtet zu dem von ihm ausgeführten Bau durch den Dingenden angewiesen sei, müsse dieser seine Handlungen vertreten, und die culpa des Unternehmers sei mithin ausgeschlossen. Dies folge aus den Art. 1382. u. 1383. 1142. 1146. 1148. und 1134., sowie aus den Art. 1989. 1991. 1992. Da nun die erbotenen Beweise eine solche Einwirkung dazu bezweckt hätten, so habe der Appellations-Richter, indem er diesen Beweis abgeschnitten, die angeführten Artikel und den Art. 1315. verletzt.

Kassationsverklagte erwiederten:

Gegen bloße Vermuthungen möge der Gegenbeweis zulässig sein, nicht aber gegen gesetzliche Fiktionen. Enthalte daher der Art. 1792. eine solche, so habe der Appellationshof ihn auch nicht verletzt, wenn er den Beweis auch nicht gestattet, jedenfalls könne er den Art. 1315. nicht verletzt haben, da er eben den Kassationsklägern keinen Beweis zugemuthet, mithin auch gegen die Regeln über die Beweislast nicht verstoßen habe.

Digitized by Google

Die Frage über die Möglichkeit des Ausschlusses der Garantiepflicht durch Vertragsbestimmungen sei nicht zu untersuchen, da der Appellhof thatsächlich feststelle, daß durch die artikulirten Fakta ein Verzicht oder ein vertragsmäßiger Erlaß der aus dem Artikel 1792. herzuleitenden Rechte nicht bewiesen werden würde.

II. Verletzung der Art. 1147. 1148. 1202. 1382. 1383. 1792. des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Der Art. 1792. sei jedenfalls strikteſter Interpretation, da er von dem Römischen Rechte, seiner Quelle, weit abweiche, indem dasselbe in Lex 62. locati conducti bestimme, daß der Unternehmer für den durch ein Vitium des Bodens entstandenen Schaden nicht hafte. Demnach vermisse man die Feststellung der Requisite des Art. 1792. Derselbe erfordere:

1. ein „périr en tout ou en partie," was hier nicht vorhanden sei; er setze
2. voraus, daß der Einsturz ausschließlich „par le vice de la construction, même par le vice du sol" erfolgt sei. Der Appellhof stelle aber ausdrücklich fest, daß noch andere Momente mitgewirkt hätten;
3. spreche er nur von der culpa und beabsichtige offenbar, nicht dem Unternehmer auch den casus zur Last zu legen, Art. 1147. 1148. Für die Wirkungen des Frostes und Gewitters könnten daher auch die Verklagten nicht verantwortlich gemacht werden;
4. Eben deshalb könne ihnen auch nach Art. 1147. nicht die Vertretung der eigenen Handlungen der Gemeinde aufgebürdet werden. Wenn der Appellations-Richter dies mit dem Verlangen beseitige, daß die Kassationskläger sich hätten widersetzen oder proteſtiren müſſen, so sei dies in den Gesetzen (Art. 1382. 1383.) nicht erfordert.
5. Ebenso unbegründet sei es, wenn dem Unternehmer die Fehlerhaftigkeit des von einem Dritten herrührenden Bauplanes zur Last gelegt werde.

Digitized by Google

6. Endlich spreche der Art. 1792. ohne Zweifel nur von dem eigentlichen Leiter des Baues, und es widerstreite der Natur der Sache, daß man da, wo Architekt und Unternehmer zwei verschiedene Personen sind, diesen für die ausschließlichen Fehler des Andern verantwortlich mache. Das leuchte hier besonders ein, wo die Pläne und Kostenanschläge von den Baubeamten der Regierung gemacht und festgestellt worden, und dem Unternehmer keine Kritik derselben zugestanden habe. Auch ergebe die Vergleichung des Art. 1792. mit Art. 1793. und 1794., daß dort nur von dem eigentlichen Leiter des Baues die Rede sei, und die nach Art. 1202. ausdrücklicher Festsetzung bedürfende solidarische Verhaftung beider nicht beabsichtigt sei.

Die Kassations-Verklagten erwiderten:

1. «Périr» heiße nicht: „Einstürzen“ sondern „zu Grunde gehen“, und dies sei, da der Appellhof den „gefahrvollen Zustand der Mauern“ annehme, thatsächlich festgestellt.
2. Die ganze Ausführung des angegriffenen Urtheils ergebe, daß der Appellhof einen Fehler der Kassations-Kläger als die Ursache des Schadens thatsächlich annehme.
3. Auch die Witterungsverhältnisse würden von dem Appelhof nicht als Zufälle, sondern in der Beziehung berücksichtigt, daß die Kläger deren Folgen nicht beim Weiterbau redressirt hätten.
4. Ebenso betrachte der Appellhof es thatsächlich als einen Fehler der Kassations-Kläger, daß sie sich der Erdausfüllung der Fundamente durch die Kassations-Verklagten nicht widersetzt hätten.
5. Dagegen lege der Appellhof eine Fehlerhaftigkeit des Planes ihnen nicht zur Last, er nehme überhaupt eine solche Fehlerhaftigkeit nicht an, und beseitige nur die aus dem vorgeschriebenen Plane hergeleitete Einrede der Kläger durch die Erwägung, daß der Unternehmer dadurch nicht

Digitized by Google

exkulpirt werde, wenn er nach vorgeschriebenem Plane gearbeitet habe, was denn auch in der Französischen Jurisprudenz konstant angenommen sei.

6. Dadurch, daß ein Bauverständiger die Ausführung zu überwachen habe, werde der Unternehmer von seiner Verantwortlichkeit nicht frei; es könne sich nur fragen, ob jener Bauverständige nicht ebenfalls verantwortlich sei, worauf es hier, da eine solche Verantwortlichkeit nicht geltend gemacht werde, nicht ankomme. Ueberdies habe der Französische Staatsrath in einem Beschlusse vom 20. Juni 1837 angenommen, daß der Unternehmer der prinzipaliter Verhaftete bleibe, und der Aufsichtsbeamte nur subsidiarisch hafte.

III. Verletzung der beim ersten Kassationsmittel angegebenen Gesetze durch die von dem Appellations-Richter dem Art. 24. der Bedingungen gegebene Deutung.

Der Appellhof erwäge, daß, wenn man auch mit den Kassations-Klägern annehmen wolle, daß durch den Art. 24. ihre Verantwortlichkeit lediglich auf die Bau-Ausführung und das Material beschränkt sei, doch immerhin, da der Boden nicht absolut untauglich gewesen, die gerade für diesen Boden untaugliche Ausführung auf sie zurükfallen müsse. Diese Argumentation sei rechtlich unhaltbar. Denn wenn Kassations-Kläger nach Art. 24. nur für schlechte d. i. absolut schlechte Arbeit verhaftet wären, so könne man sie nicht für relativ schlechte Arbeit verantwortlich machen. Dies heiße die für ausgeschlossen erachtete Garantie für die Beschaffenheit des Bodens durch eine Hinterthür wieder einführen.

Kassations-Verklagte erwiderten:

Der Appellhof beseitige durch eine hypothetische und zugleich faktische Erwägung die aus dem Art. 24. a. a. O. entnommene Einrede des Kassationsklägers. Es sei nicht abzusehen, wie dadurch die angeführten Gesetze verletzt sein könnten.

IV. Verletzung der Art. 1792. und 1793. des Bürgerlichen

Digitized by Google

Gesetzbuches durch die Verurtheilung der Kassationskläger zum Wiederaufbau auf derselben Stelle.

Der Gesammtinhalt der Erwägungen ergebe, daß der den Kassationsklägern gemachte Vorwurf eigentlich darin bestehe, daß sie auf ungeeignetem Grunde gebaut hätten. Dennoch verurtheile man sie, auf derselben Stelle von Neuem zu bauen. Dies sei offenbar unzulässig. Wenn sie für den Boden verantwortlich seien, dürfe man sie auch nicht zwingen, auf dem untauglichen Boden zu bauen. Der Appellhof beseitige zwar die hierauf gegründete Appellations-Beschwerde der Kassationskläger durch die Bemerkung, daß es sich von selbst verstehe, daß, wenn hierbei im Vertrage nicht vorgesehene Maaßregeln nöthig würden, die Gemeinden verpflichtet seien, den Kassationsklägern dafür Vergütung zu leisten. Allein dies widerstreite dem System des Appellhofs und zeige, daß es unzulässig sei, die Kassationskläger für Boden, Plan und Anschlag verantwortlich zu machen. Es verletze aber auch den Art. 1793., welcher bei einem verabredeten Plane dem Unternehmer alle Nachforderungen untersage.

Kassationsverklagte fänden hierin ein Ankämpfen gegen die faktische Feststellung, indem der Appellhof ausdrücklich erkläre, der Boden sei nicht absolut untauglich gewesen, erfahrungsmäßig könnten auch auf minder gutem Boden unter Anwendung geeigneter Vorsichtsmaaßregeln solide Bauten errichtet werden. Wenn der Appellhof ferner den Unternehmern einen Anspruch auf Vergütung wegen der vielleicht sich vermehrenden Kosten offen lasse, so könne dies sie nicht beschweren. Wäre auch hierin ein Widerspruch gegen die sonstigen Annahmen des Appellhofes enthalten, so könne dies niemals zu einer Vernichtung der an sich richtigen Entscheidung führen. Allein ein solcher Widerspruch sei auch nicht vorhanden. Der Art. 1793. versage nur dem Unternehmer Nachforderungen, welche er hinterher unter dem Vorwande nothwendig gewordener Abweichungen von dem Plane machen möchte. Er verlange aber und

Digitized by Google

gestatte mithin dem Unternehmer, daß er sich vorher, ehe er solche Abweichungen vornehme, die schriftliche Genehmigung des Eigenthümers und die Feststellung der Preiserhöhung verschaffe. Er schließe mithin eine Vergütung für veränderte Einrichtungen nicht aus, wie denn auch der § 2. der Lizitations-Bedingungen im Voraus hierauf hinweise und dadurch ergebe, daß nicht daran gedacht gewesen sei, den Unternehmer unter allen Umständen blos auf den Plan und die Kostenanschläge zu verweisen.

Das Ober-Tribunal hat den Rekurs verworfen

in Erwägung:

Auf das erste Kassationsmittel:

daß der Appellations-Richter die Behauptung der Kassationskläger, daß die im Art. 1792. des Bürgerlichen Gesetzbuches den Unternehmern eines Baues auferlegte Haftbarkeit durch den im vorliegenden Falle geschlossenen Kontrakt und namentlich durch den Artikel 24. der demselben beigefügten Bedingungen beschränkt worden sei, in der Art geprüft hat, daß er die bei ihrer Unterstellung für die Entscheidung sich ergebenden Folgen in Betracht zog;

daß mithin, ganz abgesehen von der Frage nach der Zulässigkeit einer vertragsmäßigen Abänderung des Art. 1792., der Appellhof die rechtliche Möglichkeit einer solchen Abänderung keineswegs verneint hat, und also dadurch den Art. 1134. des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht verletzt haben kann;

daß der Appellations-Richter, indem er den von den Kassationsklägern angetragenen Beweis als unerheblich ablehnte, nicht in der Lage war, den Art. 1315. des Bürgerlichen Gesetzbuches anzuwenden oder zu verletzen;

daß derselbe den Umstand, daß die Gemeinden die Erdausfüllung im Innern der Kirche noch vor dem Winter vorgenommen haben, auch unter der Voraussetzung, daß dadurch das Herüberhängen des Mauerwerks befördert sein könnte, aus

Digitized by Google

dem Grunde für unerheblich erklärt, weil es Sache der Kassationskläger gewesen, sich einer solchen Einwirkung der Gemeinden vor der Abnahme des Baues zu widersetzen oder dagegen zu protestiren;

daß er hierdurch keineswegs den Kassationsklägern die Handlungen der Gemeinden zur Last legt, sondern es als eine Verschuldung von ihrer Seite betrachtet, daß sie dieselben nicht verhindert oder doch zu verhindern gesucht haben;

daß der Artikel 1792., indem er den Architekten und Bauunternehmern die Verantwortlichkeit nicht blos wegen der Fehler der Konstruktion, sondern auch wegen der des Bodens beigelegt, seinem wörtlichen Inhalte und den legislatorischen Verhandlungen zufolge bezweckt, sie zur höchsten Sorgfalt und Ueberwachung des Baues und zwar dergestalt zu verpflichten, daß sie nicht blos ihre eigenen Handlungen, sondern auch die Einwirkung äußerer, während des Baues eintretender Ereignisse zu vertreten haben, wenn sie dieselben abwenden oder unschädlich machen konnten;

daß derselbe Artikel im Entwurfe den die Fehlerhaftigkeit des Bodens betreffenden Zusatz hatte, daß der Unternehmer von der Verantwortlichkeit für denselben befreit sein sollte, wenn er beweisen könne, dem Eigenthümer die geeigneten Vorstellungen gemacht zu haben, um ihn von der Errichtung an dieser Stelle abzuhalten, dieser Zusatz aber bei weiterer Berathung aus dem Grunde verworfen wurde, weil der Unternehmer die Regeln der Baukunst kennen und sich von ihnen auch nicht durch eine Nachgiebigkeit gegen den Willen des Eigenthümers entfernen müsse;

daß es hiernach dem gedachten Artikel nicht widerspricht, wenn der Appellations-Richter es für eine von den Kassationsklägern zu vertretende Schuld erachtet, daß sie die angeblich schädliche Handlung der Gemeinden nicht verhindert oder sich nicht den Beweis verschafft, daß sie dieselbe zu verhindern außer Stande gewesen;

Digitized by Google

daß die Frage, ob hierin eine solche Verschuldung anzunehmen sei, eine faktische ist, welche der Kritik des Kassationsrichters nicht unterliegt, bei Bejahung derselben aber die Annahme, daß der angebotene Beweis unerheblich sei, den Gesetzen entsprach;

daß die allgemeinen Regeln über die Entschädigungspflicht bei Vertragsverhältnissen und außerhalb derselben (Art. 1146. ff. 1383. ff.) durch die singulären Bestimmungen des Art. 1792. wesentlich modifizirt sind, und durch eine an sich richtige Anwendung desselben nicht verletzt, noch weniger aber die bei andern Kontrakten gegebenen Regeln (Art. 1627. ff. 1729. 1989. 1991. 1992. des Bürgerlichen Gesetz-Buchs) hier anwendbar sein können.

Auf das zweite Kassationsmittel:

in Erwägung 1., daß der Art. 1792. zwar sich nur auf den Fall bezieht, wenn das Gebäude ganz oder theilweise zu Grunde geht (périt);

daß jedoch dieser Ausdruck, wie bei den Diskussionen ausdrücklich hervorgehoben ist, nicht den völligen Untergang erfordert, sondern alle Fälle umfaßt, wo die Fehler der Konstruktion oder des Bodens die Solidität des Baues gefährden (toutes les fois que le vices compromettent la solidité du bâtiment);

daß der erste Richter in dieser Beziehung festgestellt hatte, daß die Schadhaftigkeit der Mauern so bedeutend und so beschaffen sei, daß sie nur durch einen Neubau, nicht durch bloße Ausbesserung, gehoben werden könne, und der Appellations-Richter dem hinzufügt, daß die vorgeschlagenen Reparaturen eine Gewißheit der demnächstigen Dauerhaftigkeit nicht gewähren würden;

daß hiernach die thatsächliche Feststellung in dieser Beziehung den Anforderungen des Art. 1792. genügt;

2. daß der Art. 1792. zwar allerdings nur von solchen Schäden handelt, welche durch Fehler der Konstruktion oder des

Digitized by Google

Bodens entstanden sind, daß aber unter dem Worte: „construction“ — die gesammte Leitung des Baues verstanden ist, und daher auch solche Maaßregeln darunter begriffen sind, welche durch das Hinzutreten äußerer Ereignisse rathsam wurden;

daß die Feststellung des angegriffenen Urtheils nicht ergiebt, daß dasselbe andere Momente berücksichtigt habe;

3. daß allerdings der Art. 1792. eine Verschuldung des Unternehmers voraussetzt und demselben auch den Zufall zur Last zu legen nicht beabsichtigt;

daß aber auch der Appellations-Richter, wenn er den Nachweis, daß die schlechte Beschaffenheit des Mörtels am Sockel ihren Grund in einem einfallenden Gewitterregen habe, nicht für genügend hält, um die Kassationskläger von der Garantiepflicht zu entbinden, ihnen augenscheinlich nicht die Folgen des Gewitterregens, sondern ihre, durch Weiterbauen auf den dergestalt unsicher gewordenen Mauern begangene Verschuldung zur Last legt, und mithin die Art. 1147. 1148. nicht verletzt;

4. daß die behauptete Verletzung der Art. 1147. 1382. und 1383. durch die Erwägungen des Appellations-Richters über die Einwirkung der Gemeinden bereits beim ersten Kassationsmittel aufgestellt war und widerlegt ist;

5. daß die Behauptung, daß den Kassationsklägern die Fehlerhaftigkeit des von den Baubeamten entworfenen Planes zur Last gelegt worden, in den Gründen des angegriffenen Urtheils keine Unterstützung findet;

6. daß zwar die legislatorischen Verhandlungen zum Artikel 1792. allerdings ergeben, daß die im Entwurfe nicht enthaltenen Worte: „und Unternehmer“ aus dem Grunde hinzugefügt worden, weil in einigen Provinzen diese Benennung üblich und die des Architekten fast unbekannt sei;

daß beide daher zur Bezeichnung desselben Begriffs dienen sollen, daß jedoch daraus keineswegs gefolgert werden kann, daß unter dem Unternehmer stets ein Sachverständiger, den

Digitized by Google

Bau Leitender, nicht aber auch ein solcher verstanden sei, welcher diese Leitung andern Personen übertrage;

daß vielmehr nicht die Qualität und die wirkliche Thätigkeit der Person, sondern der Bau-Entreprise-Kontrakt das wesentliche Moment ist, und aus dem Zwecke des Art. 1792. und den legislatorischen Verhandlungen zweifelsfrei hervorgeht, daß der Gesetzgeber beabsichtigte, jeden, der die Ausführung eines Baues übernimmt, als Sachverständigen zu behandeln und für die höchste Sorgfalt verantwortlich zu machen;

daß auch der Art. 1797. zu erkennen giebt, daß diese Verantwortlichkeit den Unternehmer auch dann trifft, wenn er sich zur Ausführung anderer Personen bedient, und die Art. 1793. und 1794. nichts Entgegenstehendes enthalten;

daß endlich die Konkurrenz der Baubeamten bei Aufstellung des Planes und Kostenanschlags ohne allen Einfluß auf die Verpflichtung der Kassationskläger ist, da der Unternehmer auch für die Ausführung der von dem Eigenthümer ausgehenden Vorschriften verantwortlich ist, sobald er sich denselben gefügt hat;

daß daher auch von einer Verletzung des Art. 1202. des Bürgerlichen Gesetz-Buchs nicht die Rede sein kann, da die Kassationskläger nicht als solidarisch Verpflichtete eines Architekten, sondern aus dem von ihnen geschlossenen Kontrakte in Anspruch genommen sind;

auf das dritte Kassationsmittel:

in Erwägung, daß das angegriffene Urtheil thatsächlich feststellt, daß der Boden nicht absolut untauglich, sondern bei Anwendung der durch seine Beschaffenheit erforderten Konstruktionsmittel tauglich gewesen sei;

daß hiernach seine Annahme, daß die Unterlassung dieser Vorsichtsmaaßregeln ein den Kassationsklägern zur Last fallender Fehler der Konstruktion sei, dem Art. 1792. entspricht, und mithin bei der nur hypothetisch aufgestellten Voraussetzung, daß der Art. 24. der dem Vertrage zum Grunde gelegten allgemei-

Digitized by Google

nen Bedingungen die Verantwortlichkeit auf die Bauausführung und das Material beschränke, keine Gesetzesverletzung enthält.

Auf das vierte Kassationsmittel:

in Erwägung, daß bei der angenommenen relativen Tauglichkeit des Bodens die den Kassationsklägern auferlegte Herstellung der niederzureißenden Mauer auf derselben Stelle keine Unmöglichkeit enthält;

daß aber auch der Art. 1793. keineswegs dem Unternehmer jegliche Mehrforderung über den ursprünglich verabredeten Preis untersagt, sondern ihn nur behufs Begründung derselben verpflichtet, sich vor Anwendung der über den ursprünglichen Plan hinausgehenden Arbeiten und Materialien eine schriftliche Einwilligung und Preisbewilligung für dieselben vom Eigenthümer zu verschaffen;

daß mithin auch die fernere Erwägung des Appellations-Richters, daß die klagenden Gemeinden, wenn die Beschaffenheit des Bodens im Vertrage nicht vorgesehene Vorsichtsmaaßregeln erfordere, den Kassationsklägern zur Vergütung für dieselben verpflichtet seien, dem Art. 1793. nicht widerspricht.

No. 39. — IV. Senat. Sitzung v. 9. Januar 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Königsberg.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht daselbst.

Wirksamkeit einer protestativischen Eintragung bei hiernächst eingetragenem Subhastationsvermerke.

Nach im Hypothekenbuche vermerkter Eröffnung des Kreditverfahrens findet zwar die Umschreibung einer namentlich auch im Wege der Exekution nach § 22. der Verordnung vom 4. März 1834 protestativisch eingetragenen Post in eine definitive Hypothek nicht mehr statt; es bedarf

Digitized by Google

derselben aber auch behufs Sicherung der Perzeption der Forderung aus den Kaufgeldern des subhastirten Grundstücks an der Stelle der eingetragenen Protestation nicht.*

A. G. O. I. 50. § 60., 51. § 51.; Exekutions-Verordnung vom 4. März 1834 § 22. (Gesetz-Sammlung S. 31.)

Für den Hofkonditor P. stand aus der Obligation vom 13. und zufolge Verfügung vom 30. Dezember 1850 ein Kapital von 400 Rthlrn. nebst fünf Prozent Zinsen auf den beiden Mühlenbesitzer B.schen Grundstücken F. und O. und zwar Rubrika III. resp. No. 7. und No. 23. eingetragen.

Im Hypothekenbuche des letzterwähnten Grundstückes O. stand Rubrika III. No. 22., also unmittelbar vor dem Ingrossat des P., zufolge Antrags vom 17. und Verfügung vom 30. Dezember 1850 für den Militair-Fiskus eine Protestation wegen 12,094 Rthlr. 10 Sgr. 4 Pf. nebst fünf Prozent Zinsen seit dem 9. Februar 1847 vermerkt. Die Umschreibung dieser Protestation in eine wirkliche Hypothek war zwar am 21. Februar 1851 bei dem Prozeßrichter beantragt, nachdem bereits mehr als drei Wochen vorher — am 25. Januar 1851 — über den B.schen Nachlaß der erbschaftliche Liquidationsprozeß eröffnet worden war; jedoch blieb dieser Antrag damals unberücksichtigt, weil die Prozeßakten versendet waren, und gelangte gar nicht an den Hypotheken-Richter. Ein später — am 1. April 1851 — beim Prozeßrichter wiederholter Antrag wurde von demselben aus dem Grunde zurückgewiesen, weil die im § 22. der Exekutions-Verordnung vom 4. März 1834 vorgeschriebene dreimonatliche Frist bereits verstrichen war. Inzwischen war und zwar am 11. Februar 1851 die nothwendige Subhastation der B.schen Nachlaß-Grundstücke festgesetzt, welche der Militair-Fiskus als Meistbietender erstand. P. erlitt bei Belegung der Kaufgelder des Grundstücks

* Vergl. Archiv für Rechtsfälle Bd. 10. S. 174., Bd. 13. S. 380. und den Rechtsfall No. 22. dieses Bandes.

Digitized by Google

F. einen Ausfall von 215 Rthlrn. und kam mit diesem auch bei der Vertheilung der Kaufgelder des Grundstücks O. nicht zur Perzeption, indem Fiskus auf Grund der für ihn Rubrika III. No. 22. eingetragenen Protestation als Realgläubiger erachtet sein, und das Kaufgeld im Wege der Kompensation zu seiner Befriedigung, unter Uebergehung der noch eingetragenen Realgläubiger, absorbiren wollte. Unter Berufung auf die Regel des § 22. der Exekutions-Verordnung vom 4. März 1834, der gemäß jene Protestation nach Ablauf der dreimonatlichen Frist ohne Weiteres unwirksam geworden und eigentlich vom Hypothekenrichter, beim Ausbleiben des Antrags auf Umschreibung in wirkliche Hypothek von Amtswegen zu löschen gewesen wäre, beantragte P. in seiner gegen den Fiskus eingereichten Klage: die auf dem Grundstücke O. für den Verklagten eingetragene Protestation für erloschen zu erklären und demzufolge denselben zur Zahlung der ihm, dem Kläger, noch zukommenden 215 Rthlr. aus den Kaufgeldern des Grundstücks an den Kläger oder zu der B.schen Kaufgeldermasse Behufs Befriedigung des Klägers zu verurtheilen. — Der erste Richter erkannte diesem Antrage gemäß. Der zweite Richter wies den Kläger ab.

Das Ober-Tribunal hat auf die Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers

für Recht erkannt:

daß,

da der Appellationsrichter auf den Grund des § 60. I. 50. und § 51. I. 51. der Allgemeinen Gerichts-Ordnung mit Recht annimmt, daß nach einmal eröffnetem, im Hypothekenbuche bemerkten Kreditverfahren Umschreibungen einer protestativisch eingetragenen Post in eine definitive, insbesondere wenn sie im Wege der Exekution nach § 22. der Verordnung vom 4. März 1834 stattfinden sollen, nicht mehr zulässig sind, da es der Umschreibung nicht bedarf, um der auf Grund eines Titels zum Pfandrechte, eines Judikats, im

Digitized by Google

Wege der Exekution intabulirten Forderung die Perzeption aus den Kaufgeldern des subhastirten Grundstücks an der Stelle der Eintragung der zur Erhaltung des Vorrechts dienenden Protestation zu sichern, nachdem das einzige nach damaligem Gesetze der definitiven Eintragung entgegenstehende Hinderniß, nämlich der fehlende Ablauf der Frist des Zahlungsbefehls, weggefallen war;

da die Protestation ungelöscht geblieben ist, und die Vorschrift des § 22. a. a. O., daß sie von Amtswegen zu löschen sei, wenn der Antrag des Prozeßrichters auf Umschreibung nicht in drei Monaten eingeht, natürlich ohne Wirkung auf die Rechte des protestativisch eingetragenen Gläubigers bleibt, wenn, wie im vorliegenden Falle, ein in der Eröffnung des Kreditverfahrens liegendes Hinderniß jener Umschreibung innerhalb der dreimonatlichen Frist eingetreten ist;

da somit die Angriffe wegen Verletzung des § 22. des Gesetzes v. 4. März 1834, des § 60. I. 50, des § 61. I. 51. der Allg. Gerichts-Ordnung und der aus demselben vom Imploranten hergeleiteten Rechtsgrundsätze unbegründet erscheinen, —

die Nichtigkeitsbeschwerde zurückzuweisen.

No. 40. — IV. Senat. Sitzung v. 11. Jan. 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Züllichau.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Frankfurt.

Jus subintrandi im Kaufgeldervertheilungs-Verfahren seitens des Dritten, welcher dem Hypothekengläubiger einen privilegirten Rückstand an Hypothekenzinsen gezahlt hat.

Im Kaufgelder-Vertheilungsverfahren kann der Dritte, welcher dem Hypothekengläubiger die privilegirten Rück-

Digitized by Google

stände der Zinsen der beiden letzten Jahre gezahlt hat, das jus subintrandi geltend machen.

A. L. R. I. 20. § 504., 11. §§ 382. 443. 444., 15. §§ 442-444., 16. §§ 46-48.; Subhastations-Verordnung vom 4. März 1834 § 18. (Gesetz-Sammlung S. 39.)

In dem Kaufgeldervertheilungs-Verfahren einer subhastirten Mühle liquidirte der Walkmeister G. verschiedene eingetragene Kapitalien nebst Zinsen seit dem 1. Januar 1852; der Gastwirth P. dagegen liquidirte von diesen Kapitalien

1. an früheren Zinsen, welche G. wider den Schuldner N. eingeklagt hatte, 160 Rthlr. 14 Sgr., sowie
2. an ferneren Zinsen bis zum 1. Januar 1852, 77 Rthlr. 1 Sgr.,

zusammen 237 Rthlr. 15 Sgr. an die Stelle der Kapitalien, und behauptete P., daß er wegen dieser von ihm selbst geforderten Beträge aus eigenen Mitteln den G. befriedigt habe. Derselbe bezog sich hierbei auf die von dem G. am 2. September 1852, resp. am 12. März 1853 ausgestellten Quittungen und außerdem auf eine ihm am zuletztgedachten Tage ertheilte Cession, sowie auf mehrere Zeugen. Die verehelichte Tuchfabrikant K., welche mit Rücksicht auf eine für sie hinter jenen Kapitalien eingetragene Protestation ebenfalls Ansprüche an die Kaufgeldermasse machte, bestritt theils, daß G. die angegegebene Zahlung aus eigenen Mitteln geleistet, theils wandte sie ein, daß sie zum Zweck der Tilgung einer anderen Forderung des G. an den P. erfolgt sei. — Der erste Richter sprach jedoch dem gegen die K. als Kläger aufgetretenen P. für den Ableistungsfall eines ihm darüber: daß er dem G. die geforderten 237 Rthlr. 15 Sgr. wirklich auf jene Zinsen gezahlt habe, anvertrauten Eides prioritätisch vor der Verklagten 214 Rthlr. 2 Sgr. 9 Pf., als den in die Zeit vom 1. Juni 1849 bis zum 1. Januar 1852 fallenden Betrag der gedachten Zinsen, nebst den von den 214 Rthlrn. 2 Sgr. 9 Pf. erwachsenen Depositalzinsen

Digitized by Google

zu. Dies Erkenntniß wurde in zweiter Instanz bestätigt. Der Appellationsrichter ließ es dahin gestellt, ob das jus subintrandi auch außerhalb des Konkurses bei einem Verfahren der vorliegenden Art stattfinde, weil, wie der Richter annahm, dem Kläger die ausdrückliche Cession des G. zur Seite stehe. Der darauf gegründete Einwand, daß diese Cession erst lange nach der erfolgten Befriedigung des letzteren ausgestellt worden, wurde verworfen, weil derjenige, der für den Schuldner zahle, den §§ 443. u. 444. I. 11. des Allg. Landrechts gemäß von dem befriedigten Gläubiger Cession fordern könne. — Die Verklagte, verehelichte K., erhob die Nichtigkeitsbeschwerde, in welcher sie dem Appellations-Richter eine Verletzung der §§ 443. und 444. a. a. O., sowie des § 504. I. 20., desgleichen des § 101. der Einleitung des Allg. Landrechts und des § 18. der Subhastations-Ordnung vom 4. März 1834 rügte und behauptete, daß die Zulässigkeit der Befriedigung des Hypothekengläubigers wegen eines zweijährigen Zinsenrückstandes an der Stelle des Kapitals aus einer unzulänglichen Kaufgeldermasse dadurch, daß der Gläubiger jene Zinsen noch nicht erhalten habe, mithin dieselben wirklich noch als rückständig zu betrachten seien, bedingt erscheine, und daher G., dem die von dem Kläger liquidirten Zinsen schon lange vor dem Verkaufe des verpfändeten Grundstücks gezahlt worden, weder selbst dafür jenes Vorrecht habe in Anspruch nehmen können, noch ein solches dem Kläger zu übertragen im Stande gewesen sei. Auch suchte die Verklagte zu zeigen, daß der Hypothekengläubiger, wenn man eine Cession, wie sie hier dem Kläger ertheilt worden, für statthaft und wirksam erachten wollte, sich eine verhältnißmäßige Vertheilung der unzureichenden Masse auf das Kapital und die Zinsen würde gefallen lassen müssen, und daß eine solche Konsequenz der Absicht des Gesetzgebers nicht für entsprechend erachtet werden könne.

Das Ober-Tribunal hat diese Beschwerde verworfen und zur Rechtfertigung seiner Entscheidung nachstehende

Digitized by Google

Gründe

gegeben.

Im § 504. I. 20. des Allg. Landrechts und im § 18. der Verordnung vom 4. März 1834 ist allerdings nur von zweijährigen Zinsenrückständen, als von solchen, die bei sonstiger Unzulänglichkeit der Kaufgelder aus denselben an dem Orte des Kapitals gezahlt werden dürfen, die Rede. Doch läßt sich dies keineswegs in dem Sinne verstehen, daß der Gläubiger dergleichen in den zwei letzten Jahren aufgelaufene Zinsen zur Zeit des Verkaufes des verpfändeten Grundstücks oder der Kaufgelder-Vertheilung nothwendig selbst noch zu fordern haben müsse, damit von der Ausübung jenes Vorrechts überhaupt die Rede sein könne. Denn wenn er im Wege der gewöhnlichen Cession seinen Anspruch auf jene Zinsen, die nach § 382. I. 11. des Allg. Landrechts als ein vollkommen zulässiger Gegenstand solcher Abtretung betrachtet werden müssen, auch ohne das Kapital einem Dritten übereignet, so kann er seinerseits die erwähnten Zinsen, für die er durch die empfangene Cessionsvaluta als abgefunden angesehen werden muß, bei dem gedachten Verfahren nicht mehr liquidiren, und es tritt dagegen der Cessionar, auf den nach § 403. a. a. O. vermöge der erfolgten Cession jenes besondere, der cedirten Forderung in Rücksicht ihrer Natur und Beschaffenheit beigelegte Vorrecht auch ohne ausdrückliche Uebertragung von selbst mit überging, an seine Stelle.

Der Unterschied, den Implorantin hierbei zwischen dem Kapital und den Zinsen gemacht wissen will, ist gesetzlich nicht gerechtfertigt, und es kann ebensowenig Gewicht darauf gelegt werden, daß G. dem Kläger seine Rechte wegen der hier in Rede stehenden Zinsen erst im März 1853 cedirt hat, nachdem ihm dieselben bereits im September 1852 gezahlt worden waren. Nach § 46. I. 16. des Allg. Landrechts tritt der Zahlende in der Regel auch ohne ausdrückliche Cession in die Rechte des bezahlten Gläubigers ein, und es bedarf zwar nach

Digitized by Google

den §§ 47. und 48. daselbst einer solchen, um ihm die Rechte des letzteren auch auf die mit der cedirten Forderung ihrer Qualität nach verbundene Prärogative, oder die dafür durch Bürgen bestellte Sicherheit zu übertragen; jedoch kann er den §§ 442. 443. I. 15. ebendaselbst zufolge ohne Zweifel nach geleisteter Zahlung eine dergleichen ausdrückliche Cession von dem Gläubiger, der nur alsdann nach § 444. für die Richtigkeit und Sicherheit jener Forderung nicht einzustehen braucht, in vollem Umfange verlangen. Es ergiebt sich hieraus, daß die Zeit der Ausstellung der Cession am 12. März 1853, wo G. dem Kläger, wie der erste und beziehungsweise auch der zweite Richter feststellt, die in Rede stehende Zinsenforderung ausdrücklich als eine hypothekarische abgetreten hat, ohne Einfluß bleiben muß. Freilich findet bei nicht vollständiger Zulänglichkeit der Kaufgelder subhastirter Grundstücke eine verhältnißmäßige Vertheilung derselben auf die betreffenden, im Hypothekenbuche eingetragenen Kapitalsforderungen und die laufenden Zinsen, sowie die privilegirten zweijährigen Rückstände derselben statt, ohne daß ein Hypothekengläubiger, der seinen Anspruch auf diese Zinsen, abgesondert von dem an sich behaltenen Kapitale, einem Andern cedirt hat, einer solchen Vertheilung entziehen kann. Indessen verdient der hierauf gegründete, das gegenseitige Verhältniß der hier streitenden Parteien gar nicht berührende Einwand um so weniger Berücksichtigung, als der Cedent des Klägers, der ihn möglicherweise allein mit Erfolg hätte erheben können, gegen die Befriedigung des Klägers in der von demselben verlangten Art keine Ausstellung gemacht hat, und es erscheint zugleich der aus dem gedachten Distributionsprinzipe von der Implorantin hergeleitete Schluß an sich nicht einmal gerechtfertigt. Der § 49. I. 16. des Allg. Landrechts, auf den die Implorantin hierbei Bezug nimmt, verordnet allerdings:

Unter eben den Umständen, wo der Gläubiger von seinem Schuldner selbst Zahlung anzunehmen verbunden sein würde,

Digitized by Google

kann er die Annahme derselben vor einem Dritten, welcher statt des Schuldners zahlen will und in der Verwaltung seines Vermögens nicht eingeschränkt ist, nicht verweigern.

Doch bestimmt der § 57. a. a. O., daß ihm eine blos abschlägliche Zahlung nicht aufgedrungen werden darf, und eine von einem Dritten auf die Zinsen geschehene Zahlung nimmt ohne Zweifel die Natur solcher auf das Kapital geleisteten Abschlagszahlungen an, wenn der Gläubiger, dem jene Zinsen von einem Dritten gezahlt worden, sich in Folge dessen demnächst einen verhältnißmäßigen Theil seines Kapitals kürzen lassen muß. Er braucht daher, wenn er sich dieser Eventualität nicht aussetzen will, die ihm von einem Dritten offerirten Zinsen gar nicht anzunehmen, oder er kann dies unter dem Vorbehalte thun, daß es ihm bei der künftigen Subhastation des verpfändeten Grundstücks, sowie resp. bei der Distribution der Kaufgelder unnachtheilig sein soll. Er muß aber, wenn er die ihm angebotenen Zinsen ohne dergleichen Vorbehalt angenommen oder seine diesfälligen Rechte einem Andern unbedingt freiwillig cedirt hat, die daraus fließenden Folgen in gleichem Maaße, wie bei einer Theil-Cession des Kapitals, bei welcher er sich die Priorität wegen des Ueberrestes nicht reservirt hat, tragen, und es ist sonach der Implorantin auch darin nicht beizutreten, daß sich einer Cession, wie G. sie dem Kläger ausgestellt hat, nicht die ihr vom Appellationsrichter zugeschriebene Wirkung beimessen lasse, weil der Hypotheken-Gläubiger die ihm durch einen Dritten angebotenen Zinsen nicht zurückweisen dürfe, während andererseits nicht vorausgesetzt werden könne, daß es in der Absicht des Gesetzgebers gelegen habe, ihn demnächst einer verhältnißmäßigen Kürzung des Kapitals zu unterwerfen, der er durch Zurückweisung der Zinsenzahlung, wenn sie ihm freigestanden hätte, sich würde haben entziehen können.

Aus allem Diesen aber folgt, daß der Appellationsrichter durch seine Entscheidung weder gegen die §§ 442–444 I. 11.,

Digitized by Google

noch gegen den 504. I. 20. des Allg. Landrechts, noch endlich gegen den § 18. der Subhastations-Ordnung vom 4. März 1834 gefehlt hat, und es ist ihm eben so wenig ein Verstoß wider den § 101. der Einleitung zum Allgem. Landrecht zur Last zu legen, da sich unter den vorwaltenden Umständen in keiner Weise annehmen läßt, daß G. dem Kläger mehr Rechte, als er selbst besaß, abgetreten habe.

No. 41. – III. Senat. Sitzung v. 12. Jan. 1855.

Revision.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Braunsberg.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Königsberg.

Zeitfrist zu einer Erklärung und Verjährungsfrist. — Ausübung des Wiederkaufsrechts.

Ein behufs Erlangung seiner Wirksamkeit bis zu einem gewissen Tage auszuübendes Recht, z. B. das Wiederkaufsrecht, erlischt von selbst mit dem Ablauf der bestimmten Frist, und kann daher durch eine Klage nicht erhalten werden, wenn diese erst nach Ablauf der Frist zur Kenntniß des Verpflichteten gebracht wird.*

A. L. R. I. 4. § 167., 9. §§ 551. ff. 565. ff., 11. § 314.

Der Altsitzer S. hatte in dem mit dem Wirth G. am 11. November 1850 in Betreff seines Grundstücks geschlossenen Kaufvertrage sich das Wiederkaufsrecht auf zwei Jahre vorbehalten. Vor Ablauf dieser zwei Jahre, am 4. November 1852, reichte S. die gerichtliche, die Geltendmachung dieses Wiederkaufsrechts betreffende Klage gegen den G. ein, welche jedoch erst nach

* Vergl. Präjudiz No. 1722. vom 13. März 1846, Präjudizien-Samml. S. 39.; Entscheidungen Bd. 6. S. 396., Bd. 9. S. 45. ff., Bd. 14. S. 223.

Digitized by Google

Ablauf des zweijährigen Zeitraumes zur Kenntniß des Verklagten gelangte. Dieser fand in der Klageanstellung keine rechtzeitige Geltendmachung des Wiederkaufsrechts und beantragte daher die Abweisung des Klägers. — Der erste Richter erkannte nach dem Klageantrage, wogegen der Richter zweiter Instanz den Kläger abwies.

Das Ober-Tribunal hat auf die Revision des Klägers das zweite Urtheil bestätigt und in den

Gründen

seines Urtheils Folgendes ausgeführt.

Es handelt sich hier nicht von einer Verjährungsfrist, sondern von der Zeitfrist zur Geltendmachung der rechtlichen Befugniß eines Rechts. Auf eine solche Frist sind die Grundsätze von der Verjährung nicht anzuwenden (Entscheidungen Bd. 6. S. 396., Bd. 9. S. 45. ff., Bd. 14. S. 225). Mithin kann von Anwendung der §§ 551. ff. I. 9. des Allgem. Landrechts nicht die Rede sein. Auch eine Analogie ist unstatthaft. Die Geltendmachung eines Forderungsrechts durch Klage würde an sich in unbegrenzter Dauer statthaft sein, wenn die Gesetze dafür nicht eine feste Grenze aufstellten, und hier muß natürlich das Antreten des Richters, die Klageanstellung, die Geltendmachung des Rechts und die Ausschließung der Verjährung herbeiführen, wenn auch die Insinuation der Klage erst nach Ablauf der Frist erfolgt wäre. Muß aber ein Recht, um wirksam zu werden, bis zu einem gewissen Tage ausgeübt werden, so ist es von selbst mit dem Ablauf der Frist erloschen, für welche es dauern und bestehen sollte, und kann durch eine Klage nicht erhalten werden, wenn diese erst nach Ablauf der Frist zur Kenntniß des Verpflichteten gebracht worden. Denn in der bloßen Klageanstellung liegt nicht eine Geltendmachung, eine Ausübung des Rechts. Das vorbedungene Recht, hier das Wiederkaufsrecht, tritt nicht von selbst in Geltung, es hängt von dem Willen des Berechtigten ab, ob er es geltend

Digitized by Google

machen wolle. Es kommt nicht blos auf Feststellung einer einseitigen, dem Gericht erklärten Willensäußerung an, denn eine solche ist dem Verpflichteten gegenüber ganz gleichgültig. Ein Recht wird dem Verpflichteten gegenüber nur geltend gemacht, wenn die Erfüllung von ihm gefordert wird, wenn er von dem Willen des Berechtigten in Kenntniß gesetzt wird. Handelt es sich bei der Verjährung von Geltendmachung eines bestehenden Rechts im Wege des Prozesses, so handelt es sich hier von der Ausübung einer rein in die Willkür des Berechtigten gestellten Befugniß, deren Entstehen durch die Geltendmachung innerhalb bestimmter Zeit begründet wird, und welche auf einem Willensakt, einer Erklärung beruht, welche den Verpflichteten erst verbinden soll, die also nothwendig zu seiner Kenntniß gelangen muß. Die Ausübung des Wiederkaufsrechts erfordert, ganz abgesehen von den sonstigen Bedingungen, jedenfalls die Aufforderung des Verpflichteten, den Wiederkaufs-Vertrag abzuschließen, indem der Berechtigte dies Recht geltend machen zu wollen dem Verpflichteten erklärt. Nicht von einem formalen Recht, wie bei der Klageverjährung, sondern von einem materiellen Recht, dem Erwerbe des Rechts durch Handlungen und Willenserklärungen ist die Rede, — vergl. §§ 78. ff. I. 7., §§ 94–101. I. 5., §§ 618. 620. I. 20. des Allg. Landrechts. — Nur dem Verpflichteten gegenüber kann der Wiederkaufsberechtigte erklären, daß er die Bedingungen des Wiederkaufs seinerseits erfüllen wolle, und es ist daher, wie bei der Offerte eines Vertrags, dem Erwerb des Besitzes, beim Vorkaufsrecht, wesentliches Erforderniß der Ausübung des Rechts, daß dem Verpflichteten der Entschluß des Wiederkaufsberechtigten bekannt werde. Ist sonach auch eine analoge Anwendung der Vorschriften §§ 551. ff. I. 9. des Allg. Landrechts ganz unstatthaft, so ist die Abweisung des Klägers ganz einfach dadurch begründet, daß die Klage vom 4. November 1852 erst nach Ablauf der zweijährigen Frist zur Kenntniß des Verklagten gelangt, und

Digitized by Google

eine anderweite Ausübung des Rechts rechtzeitig nicht erfolgt ist. Das Recht des Klägers ist durch Ablauf der Zeit, für welche es gewährt worden, erloschen. Die Klage vom 4. November 1852 hat dies Erlöschen nicht zu beseitigen vermocht.

No. 42. — IV. Senat. Sitzung v. 13. Jan. 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Crossen.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Frankfurt.

Einwand der nicht erhaltenen Valuta im Wechselprozeß.

Die Einrede der nicht erhaltenen Valuta seitens des Ausstellers eines trockenen Wechsels ist dem Wechselnehmer gegenüber im Wechselprozesse zulässig.*

Allgem. Deutsche Wechselordnung Art. 4. 82. 96.

In einem trockenen Wechsel vom 16. August 1854 hatte die verehelichte Bauer S. mit Genehmigung ihres Ehemannes unter dem Bekenntnisse: „Valuta baar und verabredetermaaßen erhalten," dem Krämer W. am 30. September desselben Jahres 465 Rthlr. 22 Sgr. 6 Pf. nach Wechselrecht zu zahlen sich verpflichtet. Sie leistete diese Zahlung nicht und wurde daher von dem W. wechselmäßig in Anspruch genommen. Den von ihr unter Eidesdelation dem Kläger entgegengesetzte Einwand nicht erhaltener Valuta erachtete der erste Richter für unerheblich, und verurtheilte er deshalb die Verklagte nach dem Klageantrage. Dieselbe appellirte und behauptete nunmehr, daß ihr der Wechsel von dem Kläger unter dem Vorgeben, daß dies Schriftstück eine Vollmacht enthalte, zur Unterschrift vorgelegt und dann von ihr in dem Glauben an die Richtigkeit dieses Vorgebens und ohne daß sie von dem wirklichen Inhalte

* Vergl. Archiv für Rechtsfälle Bd. 3. S. 62.

Digitized by Google

des Schriftstücks Kenntniß gehabt, unterschrieben worden sei. Der zweite Richter machte hierauf die Verurtheilung der Verklagten oder die Abweisung des Klägers von der Ableistung oder Nichtableistung des dem letztern über jenes Vorgeben deferirten und von ihm eventuell acceptirten Eides abhängig; die Einrede der nicht erhaltenen Valuta wurde auch von dem zweiten Richter für unerheblich erachtet.

Das Ober-Tribunal hat auf die Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers das zweite Urtheil vernichtet, in der Sache selbst unter Abänderung des ersten Urtheils dem Kläger außer dem vorgedachten einen zweiten Eid über die Zahlung der Wechsel-Valuta im Betrage von 465 Rthlr. 22 Sgr. 6 Pf. auferlegt, und nur im Falle der Ableistung beider Eide die Verklagte verurtheilt —

in Erwägung:

daß der Appellations-Richter den Einwand der nicht erhaltenen Valuta nicht für unzulässig, sondern für unerheblich erklärt hat, mithin auf dessen materielle Beurtheilung eingegangen ist, sonach der Artikel 82. der Wechselordnung, welcher sich lediglich von der formellen Zulässigkeit der Einreden im Wechselprozesse verhält, für verletzt nicht erachtet werden kann;

in Erwägung dagegen, daß der Appellations-Richter bei der materiellen Beurtheilung der Einrede der nicht erhaltenen Valuta deren Unerheblichkeit lediglich dadurch motivirt hat, daß die Wechselobligation als solche mit Rücksicht auf die in den Artikeln 4. und 96. der Wechselordnung aufgestellten alleinigen wesentlichen Erfordernisse des Wechsels durch die Thatsache der Zahlung der Valuta keineswegs bedingt sei, bei dieser materiellen Motivirung aber die in der Nichtigkeitsbeschwerde zugleich als verletzt bezeichneten Artikel 4. und 96. der Wechselordnung auf einen Fall angewendet sind, auf welchen sie nicht passen, weil, wenn auch das Bekenntniß der empfangenen Valuta nach den Grundsätzen der Wechselordnung nicht mehr zu den wesentlichen Erfordernissen des Wechsels gehört, doch daraus

Digitized by Google

die Unerheblichkeit der gedachten Einrede, sofern sie, wie hier, der Verklagten unmittelbar gegen den Kläger zusteht, nicht folgt; ihre Erheblichkeit oder Unerheblichkeit vielmehr nur nach dem zwischen der Verklagten und dem Kläger unmittelbar und abgesehen von dem Wechsel begründeten Rechtsverhältnisse zu beurtheilen ist; sonach die Rüge der Verletzung der allegirten Artikel 4. und 96. der Wechselordnung für begründet zu erachten ist, und die angefochtene Entscheidung der Vernichtung unterliegt; in Erwägung zur Hauptsache, daß der Einwand der betrüglichen Verleitung der Verklagten zur Unterschrift des vorliegenden Wechsels durch den Kläger nicht blos an sich zulässig, sondern auch erheblich erscheint, und deshalb, sowie nach der Prozeßlage, zunächst auf den darüber deferirten, von dem Kläger acceptirten Eid erkannt werden muß; daß sodann für den Fall der Ableistung dieses Eides der fernere Einwand der nicht erhaltenen Valuta nicht in Betracht kommt; in dieser Beziehung von der Verklagten unter Eidesdelation behauptet ist, daß sie mit dem Kläger keine Verabredung über die Ausstellung eines Wechsels getroffen und von ihm auf den eingeklagten Wechsel den Betrag von 465 Rthlr. 22 Sgr. 6 Pf. weder ganz, noch zum Theil erhalten habe, in diesem Vorbringen, abgesehen von der Abfassung desselben als Einrede der Kompensation, der Einwand des generellen Dolus im civilrechtlichen Sinne liegt, ein solcher Einwand aber, weil er aus dem unmittelbar und abgesehen von dem Wechsel zwischen der Verklagten und dem Kläger bestehenden Verhältnisse abgeleitet ist, nach der zweiten Alternative des Artikel 82. der Wechselordnung zulässig und in diesem Verhältnisse nach allgemeinen, durch die Wechselordnung nicht ausgeschlossenen Grundsätzen auch erheblich ist, sonach für den Fall der Ableistung des erstgedachten Eides auf einen zweiten, von dem Kläger acceptirten Eid in der normirten Weise erkannt werden muß.

Digitized by Google

No. 43. — IV. Senat. Sitzung v. 13. Jan. 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Stadt-Gericht in Berlin.
Gericht II. Instanz: Kammer-Gericht.

Giro ohne Obligo seitens des Ausstellers eines Wechsels an eigene Order.

Die dem ersten Giro des Ausstellers eines an eigene Order gezogenen Wechsels beigefügte Bemerkung „ohne Gewährleistung" oder „ohne Obligo" befreit denselben nicht blos von der Verbindlichkeit aus diesem Giro, sondern auch von seiner Regreß-Verbindlichkeit aus dem Wechsel überhaupt.

Allgem. Deutsche Wechselordnung Art. 6. 8. 14. 81.

Der Viktualienhändler August W. hatte einen unterm 21. September 1854 an eigene Order auf den Karl W. gezogenen, von diesem acceptirten, zum 15. Oktober desselben Jahres zahlbaren Wechsel über 49 Rthlr. 15 Sgr., versehen mit seinem Blankogiro unter Beifügung der Worte: „sine obligo" dem Schneidermeister F. übergeben, von welchem er hiernächst nach Mangels Zahlung gegen den Acceptanten erhobenem Proteste im Regreßwege als Aussteller des Wechsels auf Zahlung der Wechselsumme nebst Verzugszinsen und Protestkosten wechselmäßig in Anspruch genommen wurde. Diesen Regreß-Anspruch hielt er wegen des ohne Gewährleistung ertheilten Giro des Wechsels für unbegründet, und verlangte daher die Abweisung des Klägers. — Diesem Verlangen entsprachen die Richter erster und zweiter Instanz, der letztere aus folgenden Gründen. Es sei zwar richtig, daß die Artikel 8. und 81. der Allgem. Deutschen Wechsel-Ordnung ohne Einschränkung die Wechselverpflichtung des Ausstellers aussprächen, es könne aber nicht zugegeben werden, daß kein Unterschied obwalte, wenn der Aussteller sich selbst als Remittent bezeichne,

Digitized by Google

oder wenn er als solchen einen Dritten benannt habe. Denn habe sich der Aussteller selbst als Remittent bezeichnet, so sei eine dritte Person, welche gegen den Aussteller des Wechsels, als solchen, irgend einen Anspruch machen könne, noch gar nicht vorhanden, er habe deshalb auch die Befugniß, zu bestimmen, ob überhaupt oder unter welchem Vorbehalte er den Wechsel einem Dritten übertragen wolle, er könne somit auch bei seinem Giro seine persönliche wechselmäßige Verhaftung ausschließen, der Dritte könne alsdann nicht mehr Rechte geltend machen, als ihm vom Giranten übertragen seien. Aus den Artikeln 8. und 81. aber folge noch keineswegs, daß es unzulässig sei, die Verpflichtung des Ausstellers einzuschränken, und frage es sich daher nur, ob dies auch in genügender Weise geschehen sei? Diese Frage sei zu bejahen, indem die bei dem Blankogiro stehenden Worte „sine obligo" den Willen des Verklagten, überhaupt nicht aus dem Wechsel verhaftet sein zu wollen, klar darthäten, und kein Grund vorliege, diesen Vorbehalt nur auf das Giro zu beschränken. Der Kläger, indem er den Wechsel mit der Beschränkung, daß der Verklagte ihm daraus nicht verhaftet sei, angenommen, könne jetzt, da seine Erwartung, daß der Acceptant pünktlich Zahlung leisten werde, nicht in Erfüllung gegangen sei, keineswegs willkürlich die Beschränkung aufheben. Die Behauptung des Klägers, daß das Indossament keineswegs die Natur einer bloßen Cession habe, erscheine bei dieser Lage der Sache gleichgültig.

Kläger beschuldigte in der eingelegten Nichtigkeitsbeschwerde den Appellations-Richter der Verletzung der oben in der Ueberschrift bezogenen Artikel der Allgem. Deutschen Wechsel-Ordnung, indem er ausführte: Die Eigenschaft des Verklagten als Giranten und Ausstellers des Wechsels seien von einander getrennt zu halten. Nur seinem Giro habe derselbe die Klausel „sine obligo" zugefügt, wie dies nach dem Art. 14. zulässig gewesen sei. Als bloßer Girant könne deshalb allerdings Beklagter nicht mit der Wechselklage belangt werden. Allein als Girant

Digitized by Google

sei Beklagter nicht in Anspruch genommen, sondern als Aussteller des Wechsels. Dieser Eigenschaft habe der Beklagte eine ihn gegen den Wechselregreß schützende Klausel nicht hinzugefügt, und deshalb sei er nach den Artikeln 8. und 81. wechselmäßig verhaftet. Es sei völlig gleichgültig, ob, bevor der Beklagte den Wechsel begeben habe, eine dritte Person nicht vorhanden gewesen sei, welche gegen den Aussteller des Wechsels einen Anspruch habe machen können. Es genüge vielmehr, daß gegenwärtig eine solche Person in dem Kläger existire, und der Beklagte weder von vornherein, noch bei der Indossirung des Wechsels seine wechselmäßige Verhaftung irgend ausgeschlossen habe. Der Beklagte habe aber auch eine solche Haftbarkeit nicht ausschließen können. Es gehöre zum Wesen des gezogenen Wechsels die Person des Ausstellers (Art. 4. No. 5.), und damit sei zugleich seine eventuelle wechselmäßige Haftbarkeit ausgesprochen, ohne daß irgendwo, wie dem Indossanten, ebenso dem Aussteller gestattet wäre, sich durch einen Vorbehalt im Sinne des Artikel 14. gegen den Wechselregreß zu schützen. Zwar könne nach Artikel 6., wie hier geschehen, der Aussteller sich selbst als Remittenten bezeichnen; allein vermöge der Natur des Wechsels, als eines Literalkontrakts, seien auch beim Wechsel an eigene Order die Personen des Trassanten und Remittenten in rechtlicher Hinsicht ebenso verschiedene Personen, als wenn beide zwei verschiedene physische Individuen wären. Ein Vorbehalt, der dem Beklagten als Remittenten und Giranten zukomme und gesetzlich zulässiger Weise zukommen könne, dürfe deshalb nicht auf seine Person als Aussteller übertragen werden, für die er nicht gemacht sei, und nicht habe gemacht werden können.

Das Ober-Tribunal hat die Nichtigkeitsbeschwerde verworfen —

in Erwägung:

daß sich der von dem klagenden Wechselinhaber gegen den Verklagten ausdrücklich nur als Wechselaussteller geltend ge-

Digitized by Google

machte Wechselregreß-Anspruch nach der unangefochtenen Feststellung des Appellations-Richters auf einen Mangels Zahlung, seitens des Acceptanten protestirten, von dem Verklagten an eigene Order gezogenen und von ihm in blanco mit dem schriftlichen Zusatze „sine obligo“ an den Kläger indossirten Wechsel d. d. Berlin den 21. September 1854 gründet;

daß es den Indossanten nach Artikel 14. der Wechsel-Ordnung freigelassen ist, dem Indossament die Bemerkung: „ohne Gewährleistung“, „ohne Obligo“ oder einen gleichbedeutenden Vorbehalt mit der Wirkung der Befreiung des Indossanten von der Verbindlichkeit aus seinem Indossamente beizufügen, nach der Annahme des Appellations-Richters aber die Bedeutung der, von dem Verklagten des an eigene Order gezogenen Wechsels seinem Blanko-Indossamente beigefügten Worte „sine obligo“ weiter greift und dessen Willen ausdrückt, aus dem Wechsel überhaupt nicht haften zu wollen;

daß der rechtliche Charakter des Wechsels an eigene Order nach Artikel 6. der Wechsel-Ordnung darin besteht, daß der Aussteller sich selbst als Remittenten bezeichnet, damit sich zugleich die Befugniß vorbehält, den Wechsel zu indossiren, vor dem Hinzutritt des ersten Indossaments zu einem solchen Wechsel der Aussteller zwar schon Wechselrecht gegen den Bezogenen aus dessen Accepte erlangt, eine Regreßverbindlichkeit aber in seiner Person noch nicht existent wird, weil sich die Berechtigung und Verpflichtung in seiner Person vereinigen, und Niemand sein eigener Schuldner sein kann, auch die von dem Appellations-Richter für dieses Stadium des Wechsels gezogene Folgerung einer Befugniß des Ausstellers, zu bestimmen, ob und unter welchen Einschränkungen der eigenen Haftbarkeit der Wechsel auf einen Dritten durch Indossament übergehen soll, nicht ungerechtfertigt erscheint;

daß nach dem Hinzutritt des ersten Indossaments zu dem an eigene Order gezogenen Wechsel das Verhältniß insofern eine veränderte Gestalt erhält, als einerseits zwar ein Dritter in die

Digitized by Google

Stelle des Remittenten tritt und durch das Indossament die Rechte aus dem Wechsel, soweit sie nicht ausdrücklich beschränkt sind, erwirbt, andrerseits sich aber mit der Qualität des Ausstellers die eines Indossanten verbindet, und die unter andern Umständen jedem solidarisch obliegende Regreßverbindlichkeit dergestalt sich in einer Person konzentrirt, daß aus dieser Persönlichkeit nicht wiederum je nach den Umständen zwei getrennte, als selbstständige Subjekte zu denkende Träger der Solidarverbindlichkeit ausgeschieden werden können, woraus denn in gleicher Weise folgt, daß die in dem ersten Indossamente eines an eigene Order gezogenen Wechsels beigefügte Bemerkung: „ohne Gewährleistung", „ohne Obligo" in ihrer Wirkung, wenngleich sie regelmäßig von der Verbindlichkeit aus dem Indossamente befreiet, auch dem Wechselaussteller bezüglich seiner Regreßverbindlichkeit überhaupt zu Statten kommen muß, am wenigsten dem ersten Erwerber eines solchen Wechsels die Befugniß eingeräumt werden kann, in der Person des Uebertragenden die Qualität des Wechselausstellers von der des Indossanten mit Erfolg zu scheiden, und unter Ignorirung dieser und der dabei gemachten Beschränkung der Haftbarkeit die Regreßverbindlichkeit lediglich und ausschließlich auf die Qualität als Aussteller zu gründen, weil er den Wechsel mit der nach der Deutung des Appellations-Richters den Aussteller von dieser Verbindlichkeit überhaupt befreienden Bemerkung: „sine obligo" unmittelbar von diesem erworben hat;

daß dieser Ausführung endlich auch die Artikel 8. und 81. der Wechsel-Ordnung, wenn sie gleich den Grundsatz, daß der Aussteller des Wechsels für dessen Annahme und Zahlung wechselmäßig haftet, unbeschränkt aufstellen, nicht entgegenstehen, weil in ihnen bezüglich des an eigene Order gezogenen Wechsels ein Verbot der Autonomie des Ausstellers in Beschränkung seiner eigenen Haft mittelst des ersten Indossaments sine obligo nicht ausgesprochen, ein solches Verbot auch aus andern Bestimmungen der Wechsel-Ordnung nicht abzuleiten ist,

Digitized by Google

die Frage dagegen, ob und inwieweit bezüglich eines spätern Indossaments des durch Giro wieder erlangten, an eigene Order gezogenen Wechsels einerseits und bezüglich eines nicht an eigene Order gezogenen Wechsels andrerseits eine derartige autonomische Beschränkung durch den Aussteller für statthaft zu erachten ist, hier nicht vorliegt, und deshalb unentschieden bleiben muß;

daß nach diesem Allen die Rüge der Verletzung der Artikel 4. No. 5. und 6., Art. 8. 14. 81. der Wechsel-Ordnung für begründet nicht zu erachten.

No. 44. — I. Senat. Sitzung v. 15. Jan. 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Stadt-Gericht in Königsberg.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht daselbst.

Austritt aus dem Judenthum.

Zur Wirksamkeit des beabsichtigten Austrittes aus dem Judenthume ist außer der von dem Austretenden abzugebenden desfallsigen gerichtlichen Erklärung der Beitritt zu einer anderen Religionspartei erforderlich.*

A. L. R. II. 11. § 41.; General Judenprivilegium vom 17. April 1750 § 31. (C. C. M. Tom. 5. Abtheil. 3. No. 31. 33.); Verordnung vom 30. März 1847 § 17. (Gesetz-Samml. S. 128.); Zusammenstellung der in dem Allg. Landrecht enthaltenen Bestimmungen über Glaubens- und Religionsfreiheit vom 30. März 1847 No. 2. (Gesetz-Sammlung S. 123.)

Der Vorstand der Judengemeinde in Königsberg nahm den Kaufmann P. daselbst, mittelst Klage vom 27. April 1853

* Vergl. Archiv für Rechtsfälle Bd. 2. S. 252., Bd. 6. S. 322., Bd. 12. S. 111., Bd. 13. S. 299.

Digitized by Google

auf Zahlung rückständiger Beiträge zur Deckung der Gemeindebedürfnisse aus den Jahren 1851, 1852 und den beiden ersten Quartalen 1853 zum Betrage von 91 Rthlrn. 21 Sgr. 6 Pf. gerichtlich in Anspruch. — Der Verklagte widersprach der Klage aus mehreren Gründen, insbesondere auch deshalb, weil er bereits am 29. Juli 1852 zum gerichtlichen Protokolle seinen Austritt aus dem Judenthume erklärt und diese Erklärung am 18. Januar 1853 wiederholt hatte. — Durch die gleichlautenden Erkenntnisse erster und zweiter Instanz wurde Verklagter nach dem Klageantrage verurtheilt. Der zweite Richter sagte: „Die definitive Austrittserklärung vom 18. Januar 1853, auf welche es gesetzlich nur ankommnen könne, sei der jüdischen Gemeinde nicht kommunizirt worden, und Verklagter habe auch selbst nicht dem klagenden Vorstande von seiner Erklärung vom 18. Januar 1853 Kenntniß gegeben. Habe er hierauf gegen die jüdische Gemeinde Rechte gründen wollen, so sei es seine Sache gewesen, diese Bekanntmachung selbst zu veranlassen.“ Aber auch hierauf könne es im vorliegenden Falle nach deutlicher Absicht des Gesetzes nicht einmal ankommen, weil sich der Austritt aus dem Judenthume resp. der jüdischen Ortsgemeinde nicht unter die Vorschrift des § 17. des Gesetzes vom 30. März 1847 subsumiren lasse. Denn dieser § beziehe sich lediglich auf solche Personen, welche den Austritt aus ihrer Kirche, welcher sie bisher angehört hätten, beabsichtigten und aus dieser Religionsgemeinschaft scheiden wollten. Der Ausdruck „Kirche“ könne aber nur auf solche religiöse Gesellschaften angewendet werden, welche zu den im Preußischen Staate aufgenommenen drei christlichen Religionsgemeinschaften gehörten, also nicht auf blos geduldete Konfessionsgesellschaften, zu welchen letzteren die der Juden zu rechnen sei. Daß blos geduldete Religionsgesellschaften sich des Ausdrucks „Kirche“ für ihre gottesdienstlichen Gebäude, und insofern man unter diesem Ausdrucke den Inbegriff der Sozietät selbst verstehen wolle, sich dieses Namens für ihre Sozietät nicht bedienen dürften, gehe

Digitized by Google

aus No. 6. und 5. der Zusammenstellung der landrechtlichen Bestimmungen (Ges.-Sammlung für 1847 S. 125. und 124.) klar hervor. Es folge hieraus, daß der § 17. des Gesetzes vom 30. März 1847 auf jüdische Religionsgenossen nicht angewendet werden könne. Diese hätten vielmehr ihren Uebergang von einer Religionspartei zu der anderen nur nach den Bestimmungen des § 41. II. 11. des Allg. Landrechts zu bewirken. Eine Erklärung in der dort vorgeschriebenen Art hätte Verklagter nicht abgegeben, und ebensowenig habe er der jüdischen Gemeinde seinen Austritt aus ihrer Korporation nach § 183. II. 6. des Allg. Landrechts angezeigt. Verklagter müsse daher auch noch für die Zeit, um welche es sich hier handle, als Mitglied dieser Gemeinde betrachtet werden und habe demnach auch die auf ihn als solches repartirten Beiträge zu berichtigen."

Kläger erhob die Nichtigkeitsbeschwerde. Er begründete dieselbe in nachstehender Art.

Die Behauptung des Appellationsrichters, daß der § 17. der Verordnung vom 30. März 1847 nicht von blos geduldeten Religionsgesellschaften zu verstehen sei, weil der Ausdruck „Kirche" nur für christliche Gemeinden gebraucht werde, stehe in einem auffallenden Widerspruche mit dem Zwecke des ganzen Gesetzes, mit den ausdrücklichen Worten der §§ 1. und 18. und mit dem Sprachgebrauche in No. 4. der Zusammenstellung und im Patent vom 30. März 1847. Der § 17. erfordere aber nur eine einmalige Erklärung vor dem Richter des Orts und einmalige Benachrichtigung durch diesen; vier Wochen nach der Anzeige, also am 27. Juli 1852, habe Verklagter als ausgeschieden angesehen werden müssen, und mit diesem Zeitpunkte habe jedenfalls seine Beitragspflicht aufgehört. Dem stehe auch der unrichtig angewendete § 41. II. 11. des Allg. Landrechts nicht entgegen, weil dieser nur die Ausdrücklichkeit, nicht aber die Form der Austrittserklärung, vorschreibe.

Das Ober-Tribunal hat diese Beschwerde verworfen.

Digitized by Google

Gründe:

Der § 17. der Verordnung vom 30. März 1847, betreffend die Geburten, Heirathen und Sterbefälle, deren bürgerliche Beglaubigung durch die Ortsgerichte erfolgen muß, schreibt vor:

Der Austritt aus der Kirche kann nur durch eine vor dem Richter des Ortes persönlich zum Protokoll abzugebende Erklärung erfolgen. Diese Erklärung hat nur dann rechtliche Wirkung, wenn die Absicht, aus der Kirche auszutreten, mindestens vier Wochen vorher dem Richter des Ortes in gleicher Weise erklärt worden ist. Der Richter hat von der zuerst bei ihm abgegebenen Erklärung dem kompetenten Geistlichen sofort Mittheilung zu machen.

Es kann für den vorliegenden Zweck füglich unerörtert bleiben, ob die Verordnung vom 30. März 1847 und namentlich der allegirte § 17. auf Christen zu beschränken, oder auch auf Juden zu beziehen oder anzuwenden sei. Da der Verklagte durch die abgegebenen Erklärungen vom 29. Juli 1852 und vom 18. Januar 1853 niemals von der Verbindlichkeit befreit werden konnte, auch noch fernerhin die von ihm geforderten Beiträge an die klagende Judengemeinde zu entrichten.

Selbst die Mitglieder der neuen Religionsgesellschaften bilden, auch wenn sie die Aussonderung von den im Staate aufgenommenen Kirchengesellschaften bezwecken, dennoch keine rechtlich bestehende besondere Religionspartei, sondern werden in rechtlicher Beziehung nach wie vor als Angehörige derjenigen Religionspartei angesehen, zu der sie bis dahin gehört haben, — Zusammenstellung zu 2. (Gesetzsammlung für 1847 S. 123.)

Um so weniger kann daher bei den Juden, die rechtlich überhaupt nur als eine blos geduldete Religionsgesellschaft zu betrachten, und deren Rechte und Verbindlichkeiten daher von Hause aus schon nach den Vorschriften über blos erlaubte Privatgesellschaften abzumessen sind, einer derartigen Austritts-

Digitized by Google

erklärung noch größere Wirksamkeit beigelegt werden. Den beabsichtigten Zweck hätte Verklagter, wie der vorige Richter mit Recht annimmt, nur dadurch erreicht, daß er nach Anleitung des § 41. II. 11. des Allg. Landrechts gleichzeitig zu einer anderen Religionspartei übertrat.

Von wesentlich gleichen Grundsätzen geht das einen mindestens ähnlichen Fall entscheidende diesseitige Kassationsurtheil vom 8. Februar 1854 (Entscheidungen Bd. 27. S. 375.)* aus, in welchem der Satz: „Der erklärte Austritt aus einer Gemeinde der evangelischen Kirche befreit den Austretenden von den bisher getragenen Parochiallasten noch nicht, sondern nur dann erst, wenn er einer anderen, vom Staate anerkannten Religionsgesellschaft sich angeschlossen hat," aus den allegirten Vorschriften hergeleitet und adoptirt ist. Niemals aber konnte, wie der § 17. deutlich besagt, diese Wirkung schon mit der ersten Anmeldung des Verklagten vom 29. Juli 1852, aus dem Judenthume austreten zu wollen, sondern immer erst mit dem am 18. Januar 1854 erklärten definitiven Austritte verbunden werden. Der letzte aus dem § 183. II. 6. des Allg. Landrechts:

Das austretende Mitglied muß aber seinen Vorsatz dem Vorsteher der Gesellschaft gehörig anzeigen,

entnommene, und auf die Unterlassung einer solchen Anzeige von Seiten des Beklagten gestützte Entscheidungsgrund des Appellationsrichters ist aber von dem Imploranten nicht angegriffen.

* Vergl. Archiv für Rechtsfälle Bd. 12. S. 111.

Digitized by Google

No. 45. – II. Senat. Sitzung v. 16. Jan. 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Soest.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Hamm.

Größe der Winkel und Zwischenräume zwischen den Häusern nach den §§ 120. und 121. I. 8. des Allgem. Landrechts.

Die Anwendbarkeit der §§ 120. und 121. I. 8. des Allgem. Landrechts ist auf Winkel und Zwischenräume von nur drei Fuß oder weniger nicht beschränkt.

A. L. R. I. 8. §§ 120. 121.

Zwischen den Wohnhäusern der Eheleute Tagelöhner F. und Metzger G. in Soest befindet sich ein kleiner s. g. Hofraum. Die Eheleute F. verlangten prinzipaliter, daß ihnen das ausschließliche Eigenthum des ihrem Wohnhause zunächst belegenen Theils, soweit ihre Dachtraufe reiche, und das Miteigenthum an dem übrigen Theile desselben, eventuell das Miteigenthum an dem ganzen Hofraume zuerkannt werde. Sie stützten sich hierbei auf die Vorschriften der §§ 120. und 121. I. 8. des Allg. Landrechts, welche lauten:

§ 120.: Auch die Winkel oder Zwischenräume zwischen den Häusern werden in der Regel für gemeinschaftlich geachtet.

§ 121.: Hat jedoch bisher nur einer der Nachbarn die Traufe dahin fallen lassen, und nur allein Gossen, Privete oder offene Fenster darin gehabt, so wird vermuthet, daß der Zwischenraum ihm eigenthümlich gehöre.

Die Richter erster und zweiter Instanz wiesen die Kläger ab. Der Appellationsrichter setzte dem Prinzipalantrage entgegen, daß die Vorschriften der §§ 120. und 121. hier keine Anwendung fänden, weil der Hofraum über drei Fuß breit (vergl. Grein, Rechtsverhältnisse der Nachbarn in Bauangelegenheiten, Berlin 1842, Seite 13.) und der Beweis einer

Digitized by Google

dreißigjährigen ausschließlichen Benutzung dieses einen Theiles des Hofraumes nicht geführt sei; ebenso erachtete der Richter den eventuellen Antrag für unbegründet, weil die Kläger, abgesehen von den hier nicht anwendbaren §§ 120. und 121. a. a. O., keinen Rechtsgrund angeführt hätten, welcher das Miteigenthum ins Leben zu rufen geeignet sei.

Das Ober-Tribunal hat auf die Nichtigkeitsbeschwerde der Kläger das Appellationsurtheil vernichtet und in der Sache selbst die Kläger mit ihrem Prinzipalantrage abgewiesen, dagegen ihrem eventuellen Antrage gemäß den ganzen Hofraum für ein gemeinschaftliches Eigenthum beider Parteien erklärt.

Gründe:

Die Annahme des Appellationsrichters, daß die Vorschriften der §§ 120. und 121. I. 8. des Allg. Landrechts hier aus dem Grunde unberücksichtigt bleiben müßten, weil jene Vorschriften sich nur auf solche Winkel und Zwischenräume bezögen, die nur drei Fuß oder weniger breit seien, ist nicht richtig, die erwähnten Gesetze enthalten eine derartige Beschränkung nicht, und ist auch keine genügende Veranlassung zur Annahme vorhanden, daß eine solche Beschränkung beabsichtigt worden sei. Der hier in Rede stehende Raum ist von so geringem Umfange, namentlich auch die Entfernung der anstoßenden beiderseitigen Häuser von einander so unbedeutend, daß derselbe als ein Zwischenraum im Sinne des § 120. a. a. O. angesehen werden muß.

Ebenso ungenügend sind die Gründe des Appellationsrichters, durch welche er den Nachweis der ausschließlichen Benutzung für unerheblich erachtet, da der vollständige Besitzer nach § 175. I. 7. des Allg. Landrechts nur dem wahren Eigenthümer zu weichen schuldig ist.

Nicht minder begründet sind die gegen die den eventuellen Antrag betreffende Ausführung des Appellations-Richters erhobenen Angriffe. Denn die gegen das ausschließliche Eigen-

Digitized by Google

thum geltend gemachten Gründe des Appellationsrichters stehen dem behaupteten Miteigenthum nicht entgegen, wobei überdies zu berücksichtigen, daß die nicht gerechtfertigte Ausschließung des § 120. auch auf die Entscheidung wegen des anderen Theils des Hofraumes und des eventuellen Klageantrages von erheblichem Einflusse ist, da bei eintretender Vermuthung des gemeinschaftlichen Eigenthums der Verklagte den Gegenbeweis zu führen hat.

Hiernach mußte die Beschwerde für begründet erachtet, und das Erkenntniß zweiter Instanz vernichtet werden.

In der Hauptsache war das Erkenntniß erster Instanz theils zu bestätigen, theils abzuändern. Der s. g. Hofraum, der ausschließlich zwischen den Gebäuden der Parteien belegen ist, und deshalb nicht füglich zu dem Grundstücke eines Dritten gehören kann, ist, wie oben gezeigt, als ein solcher Zwischenraum zwischen nachbarlichen Häusern anzusehen, wie die Vorschrift im § 120. I. 8. des Allg. Landrechts vor Augen hat, da er nur wenige Fuß breit ist und sich zwischen den Häusern der Parteien hinzieht. Es tritt deshalb die gesetzliche Vermuthung ein, daß dieser Zwischenraum gemeinschaftliches Eigenthum beider Nachbarn sei. Wenn daher Kläger das ausschließliche Eigenthum des ganzen Raumes oder einen Theil desselben zuerkannt wissen wollen, so liegt ihnen der Beweis des desfallsigen ausschließenden Eigenthums ob, während andererseits Verklagter, wenn er den Klägern das Miteigenthum streitig machen will, jene gesetzliche Vermuthung zu beseitigen hat.

(Es wird hierauf ausgeführt, daß Kläger in jener Beziehung beweisfällig geblieben seien.)

Digitized by Google

No. 46. — II. Senat. Sitzung v. 16. Jan. 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Generalkommission in Münster.
Gericht II. Instanz: Revisionskollegium für Landeskulturſachen.

Aufhebung des älteren Vertrages durch den jüngeren. — Erbliches Besitzrecht auf drei Leiber an einem Kolonate in den ehemals Französisch-Hanseatischen Landestheilen.

a. Der ältere Vertrag wird durch den jüngeren insoweit, als der Inhalt des letzteren dem ersteren widerstreitet, aufgehoben.

A. L. R. I. 5. §§ 262. ff. 390.

b. Hat in den zur Zeit der Fremdherrschaft zu Frankreich gehörig gewesenen Landestheilen durch Vertrag des Gutsherrn mit dem Kolonen eine Beschränkung des erblichen Besitzrechts des letzteren auf drei Leiber gegen Erlaß rückständiger Pächte stattgefunden, so ist hierin ein Verzicht desselben auf ein ausgedehnteres Recht enthalten, und demgemäß dessen Antrag auf Ablösung der gutsherrlichen Rechte unstatthaft.*

A. L. R. I. 16. §§ 454. ff.; Gesetz No. 940. vom 21. April 1825 § 21. (Gesetz-Samml. S. 112.); Ablösegesetz v. 2. März 1850 § 2. No. 2. (Gesetz-Sammlung S. 77.)

In dem Vertrage vom 7. August 1807 war zwischen der Rheingräflichen Salm'schen Domänen-Kammer und dem Schulzen S. vereinbart worden, daß der letztere und dessen eheliche Deszendenz auf drei nach ihm folgende Leiber, d. i. succedirende Personen, das zu Höwen im Kirchspiele Osterwick, mithin in dem vormaligen Französischen Lippe-Departement gelegene Schulze Schwerings-Kolonat gegen Zahlung von 225 Rthlrn. Pacht und 2½ Prozent Zinsen besitzen und benutzen solle.

* Vergl. Entscheidungen Bd. 23. S. 126. ff.

Digitized by Google

Der Eingang dieses Vertrages gedachte eines schon unter dem 4. März 1802 zwischen dem vormaligen Kapitel zu Varlar und dem Schulzen S. abgeschlossenen Erbpachtvertrages, an dessen Stelle auf Ansuchen des Pächters „ein ganz neuer Erbpachtsvertrag“ des oben gedachten Inhalts mit Bestimmung einer niedrigeren Pachtsumme gesetzt werde. Auf Grund des Vertrages von 1807 und gestützt auf die Vorschriften des Ablösungs-Gesetzes vom 2. März 1850 verlangte der Kolon Johann S., welchem das Recht aus dem Vertrage vom 7. August 1807 durch den Kontrakt vom 2. Juni 1819 übertragen worden, die Ablösung des stipulirten Zinses als eines Erbpachts-Zinses. — Diesem Antrage gemäß erachtete der Appellations-Richter unter Bestätigung des Urtheils erster Instanz den Provokanten als jetzigen Eigenthümer des Kolonats zur Ablösung für befugt. Der Appellations-Richter nahm es für erwiesen an, daß das Schwerings-Kolonat ehemals eigenbehörig gewesen, und der Provokant die Hauptbestandtheile desselben durch den Vertrag vom 4. März 1802 nach Erbpachtsrechten übertragen erhalten habe. Der Vertrag vom Jahre 1807 kündige sich zwar, so führte der Appellations-Richter weiter aus, als ein „ganz neuer“ an, es enthalte derselbe jedoch keine ausdrückliche Erklärung, daß der Schulze S. auf das ihm eingeräumte unbeschränkte Recht habe verzichten und sich einer Beschränkung desselben auf drei Vererbungs-Fälle habe unterwerfen wollen. Die Beschränkung im letzten Vertrage habe nur den Zweck gehabt, daß für diese Dauer die Kontraktsbestimmungen hätten maaßgebend sein, nach deren Ablauf aber eine anderweitige Einigung über die Erbpachtsbedingungen habe erfolgen sollen. Hierauf deute auch der Mangel einer Bestimmung über die künftige Rückgabe des Kolonats nach Eintritt der drei Vererbungsfälle, sowie die Hinweisung auf die Münstersche Erbpachts-Ordnung, nach welcher die sämmtlichen Deszendenten oder Aszendenten des Erbpächters zur Erbfolge berufen seien. Derartige Zeitbeschränkungen schlössen nach

Digitized by Google

den geltenden Partikular-Rechten die Erblichkeit des Rechts nicht aus. Der Schulze S. habe daher schon durch das Dekret vom 12. Dezember 1808, jedenfalls aber durch den § 15. des Gesetzes vom 21. April 1825 das volle Eigenthum des Kolonats erworben. Die Berufung des klagenden Provokanten auf § 21. des letztgedachten Gesetzes werde dadurch beseitigt, daß dies Gesetz auch nur bestimme, daß die auf drei Verleihungsfälle bei der Verleihung beschränkten erblichen Besitzer den Zeitpächtern gleichgeachtet werden sollten, deren Rechtsverhältnisse durch das Gesetz nicht verändert seien.

Das Ober-Tribunal hat auf die von dem Herrn Provokaten erhobene Nichtigkeitsbeschwerde das Erkenntniß zweiter Instanz vernichtet und das Erkenntniß erster Instanz dahin abgeändert, daß der Provokant nicht als Eigenthümer des in der Urkunde vom 7. August 1807 bezeichneten Schwerings-Kolonats zu erachten und mit dem Antrage auf Ablösung der aus jener Urkunde hervorgehenden Abgaben abzuweisen.

Gründe:

Der Angriff des Imploranten: daß der Appellations-Richter das Rechtsprinzip:

daß der ältere Vertrag durch den jüngeren aufgehoben wird, soweit der Inhalt des letzteren dem ersteren widerstreitet, —

und die von dem Imploranten in Bezug genommenen Gesetzesstellen — namentlich die §§ 262. ff. 390. I. 5. des Allgem. Landrechts, dem noch die §§ 454. ff. I. 16. hinzutreten, verletzt habe, ist begründet.

Der Vertrag von 1807 war nach seiner ausdrücklichen, auch vom Appellations-Richter festgestellten, Disposition ein ganz neuer. Mag immerhin früher den Besitzern ein ausgedehnteres erbliches Recht an dem Schwerings-Hofe zugestanden, mögen sie dasselbe als ein eigenbehöriges Kolonat zu erblichen Rechten besessen haben, so liegt in der ganz positiven ebenfalls in der vom Appellations-Richter wiedergegebenen Darstellung des Sach-

Digitized by Google

verhältnisses enthaltenen Beschränkung des Erbrechts auf nur drei Leiber eine ausdrückliche Verzichtleistung auf ein ausgedehnteres erbliches Recht, mindestens eine Vertragsstipulation, welche mit dem früher etwa bestandenen ausgedehnteren Erbrechte zugleich nicht bestehen kann. Erwägt man nun, daß selbst die frühere parzellenweise Verpachtung der wirthschaftlichen Zerrüttung des damaligen Besitzers kein Ziel gesetzt, da derselbe bereits, nachdem er im Jahr 1802 zum Besitze des ganzen Schulzenhofes gelangt, doch im August des Jahres 1807 wieder einen Pachtrückstand von 416 Rthlrn. verschuldete, welchem nun noch die Pacht von Martini 1807 mit 261 Rthlrn. hinzutrat; so gelangt man, in Verbindung mit der durch die Einleitung des Vertrages von 1807 kundgegebenen Bitte des Besitzers um Nachlaß an der laufenden und rückständigen Pacht und um Bewilligung leidlicher Terminalzahlungen, zu der Ueberzeugung, daß, selbst die vom Appellations-Richter festgestellte frühere Erbberechtigung des damaligen Besitzers angenommen, dennoch derselbe durch die Lage der Wirthschaft, nach den im vierten Titel des vierten Theils der Eigenthums-Ordnung enthaltenen Bestimmungen über das Abäußerungsrecht des Gutsherrn, auf die imminente Gefahr des Verlustes gedrängt war. Wenn nun der neue Vertrag dem Pächter eine erhebliche Herabsetzung der jährlichen Pacht um 36 Rthlr. und billige Terminalzahlungen des Rückstandes gewährte, so findet auch die positive Abänderung in Betreff des Successionrechts in diesen Thatsachen eine evidente Veranlassung und faktische Motivirung. Der Vertrag von 1807 erscheint also als die alleinige Rechtsnorm, durch welche das Verhältniß des damaligen Kontrahenten zum Gutsherrn in Betreff des Schwerings-Hofes geregelt wurde. Dieser Vertrag von 1807 giebt aber nur dem Besitzer ein erbliches Recht auf drei Leiber, und zwar in völlig exklusiver Fassung bezüglich eines weiteren Erbrechts. Es heißt darin nämlich, wie der Appellations-Richter feststellt, wörtlich: „auf drei nach ihm fol-

Digitized by Google

gende Leiber, also, daß das Wort Leib nicht von Generationen, sondern von Personen, welche in die Erbschaft succediren, verstanden wird." Wenn also der Appellations-Richter, ungeachtet der Vertrag als ein „ganz neuer" und darin ferner nur eine, jedes etwaige frühere vererbliche Recht des Besitzers positiv ausschließende und aufhebende Succession auf drei Leiber stipulirt worden, durch das Bestehenbleiben eines früheren unbedingten Erbrechts annimmt, so hat er den vom Imploranten formulirten Rechtssatz verletzt.

Noch offenbarer begründet erscheint aber der Vorwurf gegen die letzte Ausführung des Appellations-Urtheils, welchen der Implorant auf die behauptete Verletzung des § 21. des Gesetzes No. 940. vom 21. April 1825 und das Präjudiz No. 2374. gründet. Es bedarf die schon vielfach diskutirte und erschöpfte Frage in Betreff der Erbpachtsqualität einer Succession auf drei Leiber nicht einer nochmaligen Darstellung, sondern nur einer Bezugnahme auf die früheren Beschlüsse und deren ausführliche Motivirung in den Entscheidungen des Ober-Tribunals Bd. 23. S. 126. ff., um die Begründung dieser Beschwerde außer Zweifel zu stellen. Daß nach dem Rechtsverhältnisse zwischen dem Kolonen und Gutsherrn und der festgestellten Sachlage mit Recht gesagt werden kann, daß dem Vater des Imploranten das Gut nur auf drei Leiber verliehen, daß gegen diese Auffassung der auch vom Appellations-Richter hervorgehobene Einwand, daß dem Pächter im Jahre 1807 der Hof nicht neu verliehen, der § 21. des Gesetzes vom 21. April 1825 also auf ihn und den Vertrag von 1807 keine Anwendung finde, bedarf nach dem oben Ausgeführten keiner ernstlichen Widerlegung.

Digitized by Google

No. 47. — IV. Senat. Sitzung v. 16. Jan. 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Breslau.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht daselbst.

Verbindlichkeit des Kommissionärs del credere hinsichtlich der Verschaffung des Besitzes der angekauften Sache.

Der Kommissionär del credere ist dem Kommittenten gegenüber nicht verpflichtet, sich Namens desselben in den Besitz der angekauften Sache zu setzen und zu dem Ende das Kaufgeld aus eigenen Mitteln zu zahlen.

A. L. R. I. 13. §§ 65. 70. 82. 83.

Der Kaufmann W. kaufte in Folge Auftrags für den Kaufmann P. von dem Kaufmann S. 200 Centner Rüböl unter Uebernahme des del credere und zeigte den Abschluß dieses Geschäfts dem P. mittelst Schreibens vom 3. Februar 1852 an. Der letztere erwiederte folgenden Tages, daß er sich den Ankauf angemerkt habe und zur Zeit seine Dispositionen treffen werde. Diese Dispositionen erfolgten nicht, und wurde daher das Rüböl bis zum Stichtage nicht abgenommen. W. nahm hierauf den P. auf Erstattung der angeblich dem S. gezahlten Differenzsumme von 166 Rthlrn. 20 Sgr. und auf Zahlung von 49 Rthlrn. 20 Sgr. an Kourtage und Provision gerichtlich in Anspruch. — Die Gerichte erster und zweiter Instanz wiesen den Kläger ab. Der Appellationsrichter führte unter Bezugnahme auf die §§ 65. 82. 83. I. 13. des Allg. Landrechts aus: daß es zwar ein charakteristisches Merkmal der Einkaufskommission mit dem pactum del credere bilde, daß der Kommissionär das Geschäft mit dem Dritten für eigene Rechnung, sowie auf eigene Gefahr abschließe, und der Kommittent zu dem letzteren in kein direktes Verhältniß trete, daß jedoch der Kommissionär als Bevollmächtigter verpflichtet sei, Namens des Kommittenten sich in den Besitz der angekauften

Digitized by Google

Sache zu setzen. Dies habe der Kläger daher im vorliegenden Falle auch thun, ja er habe sogar im schlimmsten Falle dem S. das bedungene Kaufgeld, bis zu dessen Erstattung er sodann das Oel habe retiniren dürfen, aus eigenen Mitteln bezahlen müssen. Dadurch, daß er dies nicht gethan, habe er den ihm gegebenen Auftrag überschritten. Er könne sonach die angeblich dem S. gezahlte Summe nicht ersetzt verlangen, indem sich dieselbe weder als eine Auslage, die er als Bevollmächtigter des Verklagten bestritten, noch auch aus dem Gesichtspunkte eines ihm bei Ausrichtung des erhaltenen Auftrags entstandenen Schadens betrachten lasse, und es sei, weil er die Einkaufskommission gar nicht ausgeführt, der Verklagte ebensowenig zur Zahlung der geforderten Provision für verpflichtet zu erachten.

Das Ober-Tribunal hat auf die von dem Kläger erhobene Nichtigkeitsbeschwerde das Appellations-Urtheil vernichtet und das erste Urtheil dahin abgeändert, daß Verklagter verbunden, dem Kläger an Kourtage und Provision 40 Rthlr. 27 Sgr. 6 Pf. nebst Zinsen zu zahlen, hinsichtlich der Differenzsumme von 166 Rthlrn. 20 Sgr. aber die Vernehmung des S. über die an ihn wirklich geleistete Zahlung und demnächstige anderweitige Entscheidung in zweiter Instanz angeordnet.

Gründe:

Der § 65. I. 13. des Allg. Landrechts bestimmt nicht nur, daß der Machtgeber den Bevollmächtigten für allen bei dem Geschäft gemachten Aufwand, — weshalb dem letzteren, ebenso wie wegen der ihm zukommenden Belohnung, durch den § 83. ein Retentionsrecht an den vermöge des Auftrages für den Machtgeber in Empfang genommenen Sachen beigelegt ist, — entschädigen, sondern der § 82. verordnet auch, daß er denselben von allen bei Besorgung des ihm übertragenen Geschäfts gegen Andere eingegangenen Verbindlichkeiten befreien muß, und der § 70. erklärt den Bevollmächtigten für befugt,

Digitized by Google

noch vor Beendigung des Geschäfts Vorschuß oder Vergütung der bereits gehabten Auslagen zu verlangen.

Zu den Verbindlichkeiten, welche der Kommissionär, den der vorige Richter selbst mit Recht als Bevollmächtigten betrachtet, gegen den Dritten übernimmt, mit dem er im Auftrage seines Kommittenten einen Kaufvertrag abschließt, gehört ohne Zweifel auch — und zwar vornehmlich — die Zahlung des Kaufpreises, weshalb der Dritte sich ausschließlich an ihn zu halten berechtigt ist. Seine Befreiung von dieser ihm in dem Verhältniß zu dem Dritten obliegenden Verpflichtung, die er von dem Kommittenten fordern kann, wird namentlich, wenn die Uebergabe der gekauften Sache oder Waare Zug um Zug gegen Erlegung der Kaufgelder erfolgen soll, dem Wesen und dem Verhältniß nach, wie sie bei einem Kommissionsgeschäfte unter den verschiedenen Interessenten stattfinden, dadurch bewirkt, daß der Kommittent ihm im Voraus die zu jenem Zwecke nöthige Summe überweist, und da er seinerseits ein Recht hat, dies von dem Kommittenten zu verlangen, so kann es nicht zu seinen aus der Uebernahme des ihm gegebenen Auftrages allein schon gesetzlich fließenden Obliegenheiten gegen den Kommittenten gehören, daß er, um die Erfüllung des mit dem Dritten errichteten Kaufvertrages von Seiten des letzteren durch Uebergabe der Sachen oder Waaren herbeizuführen, den Kaufpreis aus eigenen Mitteln vorschießt; es muß vielmehr der Kommittent, wenn er den Kommissionär nicht in den Stand gesetzt hat, durch Erlegung des Kaufschillings die Uebergabe der Waare zu bewirken, alle hieraus fließenden Folgen tragen, ohne deshalb dem Kommissionär einen Vorwurf machen zu können.

Als eine solche Folge aber ist es insbesondere zu betrachten, wenn letzterer, weil die Abnahme der Waare gegen Entrichtung des Kaufgeldes durch die Schuld des Kommittenten zur bestimmten Zeit unterblieben ist, sich kraft des im eigenen Namen mit dem dritten Verkäufer geschlossenen Vertrages ge-

Digitized by Google

zwungen sieht, demselben die geforderte Preis-Differenz zu vergüten. Der hierin liegende Schaden muß in dem vorausgesetzten Falle nicht von dem Kommissionär, sondern vielmehr von dem Kommittenten, der jenem das, was er dem Dritten zu zahlen genöthigt war, auf Grund des zwischen ihnen beiden errichteten Vertrages als eine nothwendige Auslage zu erstatten verpflichtet erscheint, getragen werden, und eben so wenig, wie die Erstattung dieser Auslage, darf dem Kommissionär die ihm nach § 74. I. 13., sowie resp. nach § 689. II. 8. des Allg. Landrechts gebührende Provision vorenthalten werden. Auch macht die Uebernahme des del credere hierin keinen Unterschied, da der Kommissionär vermöge derselben nur die Verpflichtung überkömmt, dem Kommittenten für die Erfüllung der von dem Dritten, mit dem er in Folge des erhaltenen Auftrages kontrahirt hat, eingegangenen Verbindlichkeiten einzustehen, — Ludovici, Kaufmännisches Lexikon Thl. II. S. 717.; Scherer, Handbuch des Wechselrechts Thl. I. Seite 512., — keineswegs aber der Kommittent dadurch von der ihm selbst als Machtgeber obliegenden Verbindlichkeit befreit wird, den Kommissionär in den Stand zu setzen, den mit dem Dritten geschlossenen Vertrag seinerseits zu erfüllen. Zwar hält der Implorat die vorstehend erörterten Angriffe für verfehlt, weil der vorige Richter thatsächlich feststelle, daß der Kläger den erhaltenen Auftrag überschritten habe, und lediglich auf Grund dieser nicht angefochtenen faktischen Annahme die Ansprüche des Klägers für verwerflich erkläre. Dieser Einwurf ist jedoch nicht haltbar. Denn die Ansicht des Appellationsrichters, daß der Kläger sich einer Ueberschreitung des ihm übergebenen Auftrages schuldig gemacht oder kontraktwidrig gehandelt habe, beruht einzig und allein auf der als unrichtig nachgewiesenen, mit den obigen Gesetzen nicht in Einklang zu bringenden Voraussetzung, daß Kläger, wenn er auch von dem Verklagten keine Deckung erhalten hatte, doch jedenfalls verbunden war, sich in den Besitz des Oeles zu setzen, sowie resp. zu diesem Zwecke das be-

Digitized by Google

dungene Kaufgeld aus eigenen Mitteln zu zahlen, und es ließ sich daher die nach obiger Ausführung gerechtfertigt erscheinende Vernichtung des vorigen Urtheils auf dem von dem Imploraten versuchten Wege nicht beseitigen.

No. 48. — II. Senat. Sitzung v. 18. Jan. 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Brandenburg.
Gericht II. Instanz: Kammergericht.

Wirkung der bei Uebertragung eines alten Hypothekenfoliums auf ein neues zur Ungebühr erfolgten Löschung einer Abgabe.

a. Durch die Uebertragung eines alten Hypothekenfoliums auf ein neues, namentlich auch in Folge Uebergangs der Real-Jurisdiktion über das Grundstück auf ein anderes Gericht, wird das alte Hypothekenfolium geschlossen und verliert dadurch für die Zukunft seine fernere Wirksamkeit.

Hypotheken-Ordnung I. § 22.

b. Die Vorschriften der §§ 526. ff. I. 20. des Allg. Landrechts beziehen sich lediglich auf die Rechte eingetragener Gläubiger unter einander, nicht aber auf diejenigen, welche erst nach der Zeit der zur Ungebühr erfolgten Löschung einer Reallast das Grundstück in gutem Glauben erworben und ihren Besitztitel im Hypothekenbuch haben berichtigen lassen.

A. L. R. I. **19.** §§ 1. ff., **20.** §§ 926. ff.; Allgem. Hypotheken-Ordnung II. §§ 285-288.

Der Mühlenbesitzer E. hatte durch den Kontrakt vom 24. Dezember 1847 das früher im Hypothekenbuche des Justizamts zu Potsdam Vol. I. fol. 118. unter No. 59. einge-

Digitized by Google

tragene, im Jahre 1818 in das Hypothekenbuch des Stadtgerichts daselbst von der Teltower Vorstadt Vol. III. No. 70. übertragene Mühlengrundstück erkauft. Nach der Behauptung des Fiskus ruht auf diesem Grundstücke eine aus dem Primordialvertrage vom 28. November 1751 herrührende Abgabe von jährlichs 50 Rthlrn., welche später auf 25 Rthlr. ermäßigt worden sei. Des Widerspruchs des E. ungeachtet war diese Abgabe nebst einem aus der Besitzzeit seines Vorbesitzers herrührenden Rückstande im Gesammtbetrage von 112 Rthlrn. 15 Sgr. 1 Pf. exekutivisch von ihm eingezogen worden. Er bestritt jedoch die Verpflichtung zur Entrichtung dieser Abgabe, indem er nicht allein in Abrede stellte, daß eine solche Abgabe aus dem erwähnten Kontrakte auf das Mühlengrundstück gelegt sei, sondern auch behauptete, daß eventuell dieselbe von ihm nicht gefordert werden könne, da dieselbe im stadtgerichtlichen Hypothekenbuche zur Zeit seiner Erwerbung des Grundstückes nicht eingetragen gestanden, und ihm von dieser Abgabe damals auch Nichts bekannt geworden sei. Er trug deshalb klagend gegen den Fiskus darauf an, denselben zur Erhebung und Einziehung der Abgabe von 25 Rthlrn. von dem Kläger als Besitzer des fraglichen Mühlengrundstücks für nicht befugt zu erklären und zur Zurückzahlung der eingezogenen 112 Rthlr. 15 Sgr. 1 Pf. zu verurtheilen. — Der Verklagte widersprach diesem Antrage. Er hielt die Weigerung des Klägers zur Entrichtung der streitigen Abgabe für unbegründet, weil dieselbe in das Hypothekenbuch des Justizamts eingetragen worden und dort noch ungelöscht sei, und weil daher, wenn die Uebertragung dieser Post in das stadtgerichtliche Hypothekenbuch unterblieben, oder dort die Löschung erfolgt sein sollte, dies nur ungebührlich und irrthümlich geschehen und deshalb dem Fiskus nicht präjudizirlich sein könne; eventuell trat Verklagter auch darüber Beweis an, daß Kläger zur Zeit der Erwerbung des Grundstückes Kenntniß davon gehabt habe, daß auf demselben die in Rede stehende Abgabe ruhe.

Digitized by Google

Aus den vorgelegten Hypothekenbüchern und Grundakten ergab sich, daß im justizamtlichen Hypothekenbuche allerdings Rubrika II. an öffentlichen Lasten ein Vermerk: „51 Rthlr.“ ohne weiteren Beisatz eingetragen steht, und daß es in dem behufs der Uebertragung dem Stadtgerichte zugefertigten Extrakte des Justizamtes vom 9. Januar 1818 heißt: „Rubrika II. 51 Rthlr. sub 1. jährliche Abgabe,“ welche letzteren Worte „jährliche Abgabe“ aber erst nachträglich, und zwar von dem Stadtgerichts-Ingrossator R., hinzugefügt sind, daß jedoch dieser Vermerk nicht so in das stadtgerichtliche Hypothekenbuch übertragen, sondern statt dessen gesetzt ist: „Rubrika II. onera perpetua, 1. ist gelöscht,“ — ohne daß die Akten irgend Etwas über die Veranlassung dieser Abänderung ergeben. Die seitdem und namentlich auch dem Kläger und seinem Vorbesitzer ertheilten Hypothekenscheine enthalten sämmtlich den zuletzt erwähnten Vermerk. Ebensowenig ergeben die Hypotheken- und Grundakten des Justizamtes darüber Etwas, ob dem in denselben eingetragenen Vermerke wegen der 51 Rthlr. der Kontrakt vom Jahre 1751 zum Grunde gelegen habe.

Das Gericht erster Instanz erachtete durch die Beweisaufnahme die Identität der vom Fiskus verlangten mit der in dem Vertrage stipulirten und eingetragenen Abgabe bis zur Auferlegung eines Eides für geführt, verstattete den Verklagten zu demselben und wies den Kläger im Schwörungsfalle ab, verurtheilte dagegen den Verklagten im Nichtschwörungsfalle nach dem Klageantrage. — Nur Kläger appellirte. Das Gericht zweiter Instanz hielt zwar den dem Verklagten auferlegten Eid für überflüssig, weil der Nachweis der Identität vollständig erbracht sei; er bestätigte aber dennoch das erste Erkenntniß, weil Verklagter sich bei demselben beruhigt, und der Antrag des Klägers gänzlich unbegründet sei. Denn aus den Grundakten habe sich in Betreff der Löschung Nichts ergeben. Umsoweniger sei es zweifelhaft, daß eine ordnungsmäßige Löschung der Abgabe nicht erfolgt sei. Der im neuen Hypothekenbuche

Digitized by Google

befindliche Vermerk: „1. ist gelöscht," verdiene umsoweniger Beachtung, als nicht einmal konstire, daß er auf die im alten Hypothekenbuche noch eingetragene und dort noch nicht als gelöscht bezeichnete Abgabe sich beziehe. Das alte justizamtliche Hypothekenbuch habe durch die Uebertragung des Foliums in das stadtgerichtliche Hypothekenbuch keineswegs aufgehört zu existiren, und da die streitige Abgabe sich noch jetzt in jenem eingetragen finde, die Bedeutung des im neuen Hypothekenbuche befindlichen Löschungsvermerkes sich aber nicht eruiren lasse, so müsse angenommen werden, daß eine Löschung überhaupt nicht vorhanden sei, die Abgabe vielmehr noch jetzt eingetragen stehe. Jedenfalls sei die Löschung zur Ungebühr erfolgt, weshalb Fiskus nach den §§ 526. ff. I. 20. des Allgem. Landrechts sein dingliches Recht nicht verloren habe, es auch gegen den späteren Erwerber des Grundstückes, selbst wenn dieser bei Erwerbung desselben keine Kenntniß von der Last gehabt habe, verfolgen könne, da diese Wissenschaft nur dann von Erheblichkeit sei, wenn eine gehörige Löschung erfolgt wäre.

Das Ober-Tribunal hat auf die Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers das Appellations-Urtheil vernichtet und unter Abänderung des ersten Urtheils nach dem Klageantrage erkannt — aus folgenden

Gründen:

Wenn der Appellations-Richter zuvörderst annimmt, daß die Last noch gegenwärtig als eine im Hypothekenbuche ungelöscht eingetragene angesehen werden müsse, so ist dies nicht haltbar, da, wenn die Uebertragung eines alten Hypothekenfolii auf ein neues insbesondere aus dem Grunde geschieht, weil die Realjurisdiktion über das Grundstück, auf welches sich das Folium bezieht, auf ein anderes Gericht übergehen soll, so kann von der Zeit ab, wo das neue Folium angelegt, und das Grundstück auf dasselbe übertragen ist, auch nur dieses

Digitized by Google

allein maaßgebend sein, wenn es darauf ankommt, den Realzustand des Grundstückes, wie er sich nach dem Hypothekenbuche darstellt, darzuthun. Denn das alte Folium ist mit der Uebertragung geschlossen, und an dessen Stelle das neue getreten, und jenes hat dadurch seine fernere Wirksamkeit für die Zukunft verloren. Im entgegengesetzten Falle würde bei eingetretenen neuen Eintragungen, die doch nur auf das neue Hypotheken-Folium geschehen können, da das alte geschlossen ist, stets ein Widerspruch mit dem alten obwalten müssen, und deshalb ist die Annahme durchaus unhaltbar, daß eine Post, weil sie nur auf dem neuen Folio und nicht gleichzeitig auch auf dem alten gelöscht ist, noch als eine ungelöschte angesehen werden müsse. Der Appellations-Richter scheint hier zwar noch Gewicht darauf zu legen, daß die Löschung nicht gehörig geschehen, und nicht einmal konstire, ob der Vermerk sich auf die im alten Hypothekenbuche eingetragene Last beziehe. Beide Momente können jedoch als sebstständige Gründe nicht angesehen werden; sie sind aber auch nicht geeignet, die Entscheidung zu rechtfertigen. Der letztere Zweifel steht mit der eigenen Feststellung des Appellations-Richters und dem Inhalte der Akten im Widerspruch, die auf dem alten Folio Rubrika II. No. 1. eingetragene Abgabe der 51 Rthlr., die nach dem Extrakte mitübertragen werden mußte, ist nicht mitübertragen, sondern Rubrika No. 1. vermerkt, daß die früher No. 1. eingetragene Last gelöscht sei. Die Abgabe der 51 Rthlr. ist auch nicht etwa No. 2. oder sonst im stadtgerichtlichen Hypothekenbuche bei der Uebertragung oder später eingetragen worden, woraus sich zweifellos ergiebt, daß jener Vermerk sich nur auf die Abgabe der 51 Rthlr., welche im justizamtlichen Hypothekenbuche eingetragen steht, beziehen kann. Dieser Umstand ist aber auch eben so, wie der, daß diese Löschung oder eigentlich die Uebertragung der Last von dem alten auf das neue Folium, was sich im Wesentlichen gleich steht, ungebührlich erfolgt, oder resp. unterlassen worden sei, ganz unerheblich, da es in Bezie-

Digitized by Google

hung auf die hier zur Entscheidung vorliegende Frage ohne allen Einfluß ist, ob die Löschung irrthümlich erfolgt, oder die Uebertragung aus Versehen unterblieben ist; faktisch bleibt immer feststehend, daß die Abgabe im Hypothekenbuche nicht eingetragen stand, als Kläger das Grundstück erwarb, und dies allein entscheidet, um die Behauptung des Klägers, daß er im guten Glauben auf das Hypothekenbuch sich verlassen, vom richtigen Gesichtspunkte zu würdigen.

Aber auch der zweite Grund der Entscheidung des Appellations-Richters ist hier nicht zutreffend. Der § 526. a. a. O. bestimmt allerdings, daß, wenn eine Post zur Ungebühr gelöscht worden, der Gläubiger noch nicht sein aus der Eintragung erhaltenes dingliches Recht verliert; allein, abgesehen davon, daß ein solcher von seinem Rechte dennoch zum Nachtheile derjenigen, welche sich erst nach erfolgter Löschung haben eintragen lassen, keinen Gebrauch machen kann, so beziehen sich diese in den §§ 526. ff. gegebenen Vorschriften auch blos auf die Rechte eingetragener Gläubiger unter einander, und nicht auf den hier vorliegenden Fall, wie dies in dem Erkenntnisse des Ober-Tribunals vom 9. Dezember 1852 — Entscheidungen Bd. 26. S. 46. — näher dargethan ist, in welchem zugleich gezeigt worden, daß das Erkenntniß Bd. 3. S. 88. der Entscheidungen gleichfalls in einem Falle der vorliegenden Art, wo dem Inhaber einer zur Ungebühr gelöschten Last ein neuer Eigenthümer, der im guten Glauben auf das Hypothekenbuch das Grundstück erworben hat, gegenüber steht, nicht maaßgebend sein kann. Der Appellations-Richter hat sich deshalb sehr mit Unrecht auf die eben erwähnten Entscheidungen zur Rechtfertigung seiner Ansicht bezogen. Es müssen in dem Falle der vorliegenden Art die Bestimmungen in den §§ 1. ff. des neunzehnten Titels zur Anwendung kommen, indem es diesem dritten Erwerber des Grundstücks gegenüber allein darauf ankommt, daß die Abgabe zu der Zeit, als er das Grundstück erwarb, gelöscht oder nicht eingetragen war, indem hier allein

Digitized by Google

dieser faktische Zustand entscheidet, und es hierbei von gar keinem Gewicht sein kann, ob die Eintragung oder Löschung der Last zur Ungebühr und ungehörig unterblieben, oder resp. geschehen ist.

Die Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Appellations-Erkenntniß ist hiernach wohl begründet, und mußte deshalb dasselbe, da es auch nicht aus anderen Gründen aufrecht erhalten werden kann, vernichtet werden.

In der Sache selbst mußte auch das Erkenntniß erster Instanz auf die Appellation des Klägers abgeändert und Verklagter nach dem Klageantrage verurtheilt werden. Denn die hier in Rede stehende Abgabe gehörte unbedenklich zu denjenigen, die zur Konservirung ihres Realrechts gegen Dritte der Eintragung bedurfte. Wie oben gezeigt, ist der Umstand, daß die Löschung ungebührlich, oder die Eintragung bei der Uebertragung, welche einer Nichtübertragung ganz gleich steht, zur Ungebühr unterblieben ist, dem neuen Erwerber des Grundstückes gegenüber ohne Einfluß, da diesem es zu Statten kommt, und allein entscheidend ist, daß die Last zur Zeit der Eigenthums-Erwerbung nicht eingetragen stand. Nur dann würde der Kläger sich nach § 5. I. 19. des Allg. Landrechts mit dem guten Glauben des Hypothekenbuches nicht gegen die Ansprüche des Fiskus schützen können, wenn er überführt wäre, zur Zeit seiner Besitzergreifung von der Last Kenntniß gehabt zu haben; allein diesen dem Verklagten obliegenden Beweis hat derselbe nicht erbracht, indem die vernommenen Zeugen N. N. Nichts Erhebliches bekundet haben.

Hiernach ist Verklagter nicht berechtigt, sich wegen Zahlung der in Rede stehenden Abgabe an den Kläger als Besitzer des Mühlengrundstückes zu halten, da eine persönliche Verpflichtung nicht vorhanden ist, und Verklagter von seinem dinglichen Rechte gegen denselben keinen Gebrauch machen kann. Der Anspruch des Klägers auf Zurückerstattung der von ihm gezahlten Summen ist demzufolge und mit Rücksicht auf die

Digitized by Google

§§ 178. ff. I. 16. des Allg. Landrechts begründet, da dieselben seines erhobenen Widerspruches ungeachtet durch exekutive Maaßregeln von ihm eingezogen sind.

No. 49. — I. Senat. Sitzung v. 19. Jan. 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Wehlau.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Königsberg.

Beschaffung des Brennholz-Mehrbedarfs des Schullehrers bei Erweiterung der Schule, in der Provinz Preußen.

Nach der Schulordnung für die Elementarschulen in der Provinz Preußen ist bei Schul-Erweiterungen der Mehrbedarf des Schullehrers an Brennholz, in Ermangelung eines andern aus einem besonderen Rechtsgrunde oder durch Herkommen zur Beschaffung des Brennholzes Verpflichteten, allein von der Schulgemeinde mit Ausschluß des Schulpatrons zu beschaffen.

Schulordnung für die Elementarschulen der Provinz Preußen vom 11. Dezember 1845 §§ 38. 39. (Gesetz-Sammlung für 1846 S. 1.); A. L. R. II. 12. § 29.; Ostpreußisches Provinzialrecht Zusatz 221.

In Folge der neuen Schul-Ordnung für die Elementarschulen für die Provinz Preußen vom 11. Dezember 1845 war die Schule zu Bürgersdorf seit dem 1. Oktober 1849 reorganisirt worden. Es war wegen zugenommener Bevölkerung eine Erweiterung des Schulgebäudes erfolgt, und dadurch der Brennholzbedarf von drei auf vier Achtel gesteigert worden. Die Stadt Wehlau als Patronin der Schule war zur Beschaffung des Mehrbedarfs angehalten worden. Sie behauptete, daß er von der Schulgemeinde Bürgersdorf aufzubringen sei, und nach ihrem desfallsigen Klageantrage wurde unter Abänderung des

Digitized by Google

ersten Erkenntnisses vom Appellations-Richter erkannt, weil erwiesenermaaßen, wenigstens seit dem Jahre 1738 laut Verhandlung vom 6. Februar desselben Jahres, die Stadt gar kein Schulbrennholz geliefert, vielmehr damals wegen Devastation des Stadtwaldes Fiskus diese Last übernommen, nach dem bisherigen Verfahren die Stadt als Patronin oder Gutsherrin also gar kein Brennholz hergegeben habe, mithin es auch für den Mehrbedarf an einem „verpflichteten Patron" fehle.

Die verklagte Schulgemeinde erhob die Nichtigkeitsbeschwerde. Sie behauptete, daß die §§ 38. 39. 44–47. und 54. der neuen Schulordnung unrichtig angewendet seien, indem sie keineswegs von einem Gutsherrn handelten, dessen Verpflichtung feststand, vielmehr neue Verpflichtungen desselben überhaupt, und insbesondere hinsichts des Mehrbedarfs an Brennholz begründeten in dem Falle, wo er nur durch Erweiterung des Schulgebäudes herbeigeführt werde.

Das Ober-Tribuual hat die Nichtigkeitsbeschwerde verworfen — aus folgenden

Gründen:

Brennholz, welches im Gegensatze zum Bauholz nach § 29. II. 12. des Allgem. Landrechts zur Unterhaltung des Lehrers zu zählen ist, und welches selbst nach Zusatz 221. des Ostpreußischen Provinzialrechts nicht unbedingt zu den Lasten des Schulpatrons gehörte, ist in den §§ 38. 39. der neuen Schul-Ordnung ausdrücklich für eine Last der Schulgemeinde erklärt. Nur wo die Unterhaltung der Schule und des Lehrers auf besonderen Stiftungen beruht, oder wo einzelne Personen oder Korporationen durch besondere Rechtstitel zu größeren Leistungen dieser Art verpflichtet sind, soll es dabei sein Bewenden behalten. Im entgegengesetzten Fall, oder wenn jene Fonds nicht ausreichen, ist der Schulgemeinde im § 9. der Unterhalt gleich den übrigen Kommunal-Behörden auferlegt.

Der Appellations-Richter hat nun festgestellt, daß seit 1738

Digitized by Google

ein Dritter, nämlich Fiskus, das Brennholz hergegeben habe; es ist gänzlich unbekannt, wer vor dem Jahre 1738 es geliefert. Nach allem Diesen hat der Appellations-Richter die §§ 38. 39. ganz richtig angewendet, wenn er den Schulpatron für frei erachtet und die Brennholz-Verpflichtung als eine Last der Schulgemeinde erklärt hat. In diesem Urtheil ist er auch durch die folgenden §§ 44–47. nicht beschränkt worden.

Der § 44. spricht von Bauholz, welches der Gutsherr zu gewähren hat, und mithin nicht vom Brennholz. Der § 45. spricht nur von Domänendörfern, in welchen auch Bauholz vom Gutsherrn gegeben werden soll. Er kann aber nicht auf andere Schulpatrone oder Gutsherren ausgedehnt werden. Von diesen handelt vielmehr der § 46.; er bedingt aber ausdrücklich, „daß und wenn das nach § 45. zu Leistende ganz oder theilweise auch von andern Gutsherrn geleistet werde.“ Er paßt also nicht auf den Fall, wo eine solche herkömmliche Leistung nicht stattgefunden hat. Hat sie wirklich stattgefunden, so soll nur § 45. No. 5. und 6. insoweit ihm zu gute kommen, daß der Betrag auf 15 Klafter zu limitiren, und Torf und Knittel zu geben. Bei mehreren Gutsherrn soll nach § 47. die Repartition nach der Zahl der Haushaltungen geschehen. Alles, was das Gesetz hier über Gutsherrn außer dem Fiskus anordnet, setzt also schon einen „verpflichteten“ Gutsherrn voraus; der Appellations-Richter hat daher mit vollem Recht angenommen, daß, wo so ein Verpflichteter nicht vorhanden ist, nach den §§ 38. 39. die Schulgemeinde selbst den Unterhalt beschaffen müsse.

Auch der § 54., welcher den Fall einer Schulerweiterung besonders zum Gegenstande hat, bietet keine Veranlassung, eine Befreiung der Implorantin von den Verpflichtungen der §§ 38. 39. anzunehmen. Nach § 54. sollen in diesem Falle die Vorschriften der neuen Schul-Ordnung dergestalt eintreten,

daß der Gutsherr, oder wenn die Hintersassen mehrerer Gutsherrn zum Schulbezirk gehören, diese Gutsherrn gemeinschaft-

Digitized by Google

lich nach den nähern Bestimmungen der §§ 44–47. für das erweiterte Bedürfniß zu sorgen haben.

Die Implorantin setzt nun voraus, daß der § 54. für Schulerweiterungen eine singuläre Bestimmung enthalte, daß der Brennholzbedarf für den erweiterten Theil des Schulgebäudes unbedingt durch die Schul-Ordnung dem Schulpatron oder Gutsherrn auferlegt sei, und die Zurückweisung auf §§ 44–47. nur zu dem Zwecke erfolgt sei, um das Beitragsverhältniß unter mehreren konkurrirenden Gutsherren zu regeln. Dies mag nun an und für sich richtig sein, — auch bei Schulerweiterungen, wie beim Unterhalt der früheren Schule, ist der Maaßstab der Haushaltungen gegeben, das Brennholz auf ein Maximum des Bedarfs und die Substitution anderer Brennmaterialien angeordnet. Keineswegs aber ist im § 54. von den Voraussetzungen der §§ 39. und 46. abstrahirt, daß nämlich ein zum Brennholz verpflichteter Schulpatron oder Gutsherr bisher vorhanden gewesen sei, welcher herkömmlich statt der Gemeinde die Schule mit Brennholz versorgt hat; die Regel der §§ 46. und 39. ist daher durch den § 44. nicht beschränkt oder aufgehoben worden. Bei den klaren Bestimmungen der ersteren Paragraphen hätte es vielmehr in den §§ 54. ff. einer besonderen Bestimmung bedurft, durch welche erstere modifizirt wurden; und da das Gesetz eine solche nicht enthält, über den eigentlich und ursprünglich Verpflichteten vielmehr seit länger als einem Jahrhundert ein unauflösliches Dunkel schwebt, so hat der Appellations-Richter mit vollem Recht angenommen, daß bei Schulerweiterungen, wie beim Unterhalt der bisherigen Schule, der Schulgemeinde allein durch das Gesetz die Brennholzbeschaffung auferlegt sei, und sie einen Andern nur in dem Falle beanspruchen könne, wenn er aus einem besondern Rechtsgrunde oder durch Herkommen zum Brennholz verpflichtet war.

Digitized by Google

No. 50. — III. Senat. Sitzung v. 19. Jan. 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Stadt- und Kreis-Gericht in Magdeburg.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht daselbst.

Verpflichtung zur Wegebesserung in dem Herzogthum Magdeburg und der Grafschaft Mansfeld.

a. In dem Herzogthum Magdeburg und der Grafschaft Mansfeld, Magdeburger Hoheit, ist die Landespolizeibehörde befugt, zur Besserung der Land-, Heer- und Poststraßen einstweilen provisionaliter — mit Vorbehalt ihres Regresses an den eigentlich Verpflichteten — die Obrigkeiten, in deren Gerichten die Wege belegen sind, anzuhalten; sie kann jedoch die Wegebesserung auch von dem ihres Erachtens wirklich dazu Verpflichteten direkt verlangen, ohne daß derselbe von der nur provisionaliter verpflichteten Obrigkeit die Bewirkung der Wegebesserung an seiner statt oder die Erstattung der von ihm exekutivisch beigetriebenen Kosten der Wegebesserung zu beanspruchen berechtigt ist.

Wegebesserungs-Edikt vom 14. Juli 1742; Magdeburger Polizei-Ordnung vom 3. Januar 1688 Kap. 3. § 2., Kap. 9. Abschn. 1. § 4. (Mylius, Corp. Const. Magdeb. nov. pag. 9. 37.); Mandat vom 17. August 1701 (Mylius, a. a. O. Seite 516.); Verordnung vom 26. Dezember 1808 §§ 3. 38. 39. (Gesetz-Sammlung S. 465.); Regierungs-Instruktion v. 23. Oktober 1817 § 11. (Ges.-Samml. S. 254.)

b. Die Unterhaltung der innerhalb der Grenzen der Kgl. Domänen-Aemter daselbst belegenen Landstraßen mit Einschluß des durch die Dörfer führenden Theiles derselben liegt dem Kgl. Domänenfiskus, als Grundherrn, ob.

Magdeburger Polizei-Ordnung v. 3. Januar 1688 a. a. O.; Mandat vom 11. und 21. September 1699 (Mylius, a. a. O. Seite 488.); Edikt vom 14. Juli 1742.

Digitized by Google

Die Regierung zu Magdeburg hatte von der Gemeinde Salbke verlangt, daß sie die von Magdeburg nach Schönebeck führende Straße, welcher früher am Dorfe Salbke vorübergegangen und nach Angabe der gedachten Gemeinde erst seit dem im Jahre 1826 stattgehabten großen Brande mit den jetzt daran belegenen Gehöften bebauet und auch vor Anlegung der Eisenbahn mit den von Magdeburg nach Schönebeck gehenden Posten befahren sein soll, pflastern lasse, soweit das Dorf Salbke von dieser Straße berührt werde. Bei der desfallsigen Weigerung der Gemeinde Salbke hatte die Regierung die Pflasterung nach einem von der ersteren geforderten und eingereichten Anschlage durch das betreffende Landrathsamt verdingen und die Arbeit demnächst zur Hälfte ausführen lassen, wofür dem Unternehmer aus der Kreis-Kommunalkasse die ihm zukommenden 797 Rthlr. vorschußweise gezahlt, diese Vorschüsse aber wieder auf Höhe von 407 Rthlrn. von der mehrgedachten Gemeinde exekutivisch beigetrieben worden waren. Die letztere hielt sich aber zur Pflasterung des fraglichen Straßentheils und resp. zum Ersatze der dafür bereits entstandenen Kosten für nicht verpflichtet und wurde daher gegen den Domänenfiskus mit dem Antrage klagbar: „sie für nicht schuldig zu erachten, die fragliche Straße, soweit sie das Dorf Salbke berühre, pflastern zu lassen, vielmehr den Verklagten zu verurtheilen, die fragliche Straße innerhalb des Dorfes Salbke zu unterhalten resp. pflastern zu lassen, der Gemeinde Salbke auch die eingezogenen 407 Rthlr. nebst 5 Prozent Zinsen vom Tage der Verausgabung zu erstatten.“ Diesen Antrag suchte Klägerin folgendermaaßen zu begründen.

Die von Magdeburg nach Schönebeck führende Straße sei eine Heerstraße, und die durch das Dorf Salbke führende Strecke demnach ein Theil derselben. Das als Provinzialgesetz hier zur Anwendung kommende Edikt vom 14. Juli 1742 lege aber die Verpflichtung zur Unterhaltung der Land-, Heer- und Poststraßen provisionaliter, mit Vorbehalt des Regresses an die

Digitized by Google

eigentlich Verpflichteten, den Obrigkeiten auf, in deren Gerichten die Wege belegen seien. Die Obrigkeit des Dorfes Salbke sei aber das frühere Domkapitel in Magdeburg, welches zugleich die Guts- und Gerichtsherrschaft über Salbke besessen, gewesen. An Stelle des hiernach früher verpflichteten Domkapitels sei als dessen Rechtsnachfolger der Domänenfiskus getreten. — Der Verklagte widersprach dieser Klage. Die Richter erster und zweiter Instanz erkannten jedoch nach dem Klageantrage.

Der Verklagte erhob die Nichtigkeitsbeschwerde. Er rügte, daß, wenn auch nach dem gedachten Edikte die Landespolizeibehörde das Recht habe, die Obrigkeit, in deren Gerichten der schlechte Weg belegen sei, provisionaliter zur Besserung des Weges anzuhalten, sie doch dadurch nicht die Befugniß verloren habe, unmittelbar auf denjenigen zurückzugehen, welchen sie für den wirklich Verpflichteten erachte, und daß derjenige, welcher als wirklich Verpflichteter von der Landespolizeibehörde in Anspruch genommen werde, wohl das Recht habe, gegen den, der seiner Meinung nach der eigentlich Verpflichtete sei, dies im Rechtswege auszuführen und ihn zur Uebernahme der im Verwaltungswege ihm auferlegten Verbindlichkeit anzuhalten; daß er aber nicht das Recht habe, von der nach dem gedachten Edikte nur der Landespolizei zustehenden Befugniß, die betreffende Gerichtsobrigkeit zur provisionalen Besserung des betreffenden Weges anzuhalten, Gebrauch zu machen.

Das Ober-Tribunal hat die Nichtigkeitsbeschwerde für begründet erachtet, in der Sache selbst jedoch das Appellations-Urtheil seinem ganzen Inhalte nach aufrecht erhalten.

Gründe:

Bereits im Kap. 3. § 2. und im Kap. 9. Abschn. 1. § 4. der Kurfürstlich Brandenburgischen Polizei-Ordnung vom 3. Januar 1688 (Mylius, Corp. Const. Magd. nov. S. 9. u. 37.) ist verordnet, daß die Ingesessenen, so sich der Straße bedienen und darinnen der Ort gelegen, oder diejenigen, so solches von

Digitized by Google

Alters her haben thun müssen, der Observanz gemäß die bösen Wege und rechte Heer- und hohe Landstraßen, welche eine Besserung erfordern, weiter zu unterhalten schuldig sind, und daß die Haupt- und Amtleute, auch alle andere Gerichts- und und Befehlshaber jederzeit nothdürftige Vorsehung thun sollen, daß die Landstraßen in gutem Bau und Besserung durch diejenigen, welchen es zu thuen obliegt, erhalten, diejenigen aber, welche es unterlassen, in gebührende Strafe genommen werden.

In dem Mandate vom 11. resp. 21. September 1699 (Mylius, a. a. O. S. 488.) wird den Ständen, Beamten, Magistraten und Unterthanen anbefohlen, diejenigen Wege, deren Unterhaltung entweder den Kurfürstlichen Aemtern oder auch denen Städten und Partikulieren obliegt, förderlich repariren zu lassen. Durch das Mandat vom 17. August 1701 (Mylius, a. a. O. S. 516.) wird denjenigen Städten und Ortschaften, welche bis Dato selbige jedes Orts verrichtet, wie auch denen, über deren Grund und Boden die schadhafte Wege gehen, befohlen, die Verbesserung der Wege nach Proportion der Einwohner zu beschaffen, oder bei Entstehung der Güte zu gewarten, daß sie durch militärische Exekution dazu angehalten werden; zugleich wird aber, damit diese Verordnung denen, so in lite und Streit über die Güter selbst oder die Reparatur derer Wege ständen, zu keinem Präjudize gereiche, einem jeden Theile freigelassen, sein Recht bei der Magdeburgischen Regierung auszuführen, welche dann beide Theile zu hören und darauf definitiv zu sprechen hat.

Mittelst Patents wegen Besserung der Landstraßen vom 7. März 1712 (Mylius, a. a. O. S. 634.) werden diejenigen, in deren Gerichten einige gefährliche, schlimme und unbrauchbare Wege belegen, erinnert und befehligt, dieselben bei empfindlicher Bestrafung ohne einigen Zeitverlust ausbessern zu lassen.

In dem Edikte vom 14. Juli 1742 wird zunächst allen und jeden Vasallen, Prälaten, Ritterschaften, Städten, Beamten, Gemeinden und allen Unterthanen, welchen die Wegebesserung

Digitized by Google

zu thun obliegt, anbefohlen, die schlimmen Wege in denen Land- und Poststraßen sofort zu repariren und in guten Stand setzen zu lassen, auch beständig darin zu erhalten, zu welchem Ende der Staat die Kosten zu den Wegen, deren Unterhaltung und Reparatur ihm obliege, hergeben wolle. Demnächst wird wörtlich Folgendes in dem Edikte bestimmt:

> Und weilen öfters dadurch die Reparirung der Wege unterblieben, daß die Gerichtsobrigkeiten theils mit denen Nachbaren, theils mit ihren Unterthanen in Streit gerathen, wer eigentlich die Wegebesserung zu thun schuldig, so soll provisionaliter jedesmal die Obrigkeit, in dessen Gerichte der böse Weg befindlich, denselben zu bessern schuldig sein, und die Sache hernach mit dem Gegentheile bei der Wegekommission gehörig ausgemacht werden. Sollten ein oder andere darin säumig sein, wird hierdurch die Magdeburgische Kriegs- und Domänenkammer befehligt, solche Reparatur ungesäumt zu veranlassen und die Kosten von denjenigen, der sie zu tragen schuldig, durch Exekution beitreiben zu lassen.

Hiernach war also bereits lange vor dem Erscheinen des letztgedachten Edikts durch die Magdeburgische Polizei-Ordnung vom 3. Januar 1688 angeordnet, daß die Haupt- und Amtleute und andere Gerichts- und Befehlshaber darauf wachen sollten, daß die Landstraßen durch die, welchen es zu thun oblag, in gutem Stande erhalten würden. Daraus aber, daß die Gerichtshaber im Interesse der Landespolizei darauf wachen sollten, daß diejenigen, welchen es zu thun oblag, die Landstraßen in gutem Stande erhielten, folgt, daß die Gerichtshaber respektive Gerichtsobrigkeiten als solche nicht die Verbindlichkeit hatten, die Wege selbst und auf eigene Kosten zu bessern.

Hierin ist auch durch das Mandat vom 7. März 1712 etwas Wesentliches nicht geändert, da hier nur diejenigen, in deren Gerichten die schlechten Wege belegen, erinnert werden, dieselben ohne Zeitverlust ausbessern zu lassen.

Auch durch das Edikt vom 14. Juli 1742 ist den Gerichts-

Digitized by Google

obrigkeiten als solchen nicht die Verpflichtung auferlegt, die Landstraßen auf eigene Kosten zu unterhalten. Es ist vielmehr, mit den angezogenen früheren Vorschriften übereinstimmend, darin nur wiederholentlich befohlen:

daß Alle, welchen die Wegebesserung zu thun obliege, die schlimmen Wege in denen Land- und Poststraßen in guten Stand setzen und darin unterhalten sollten. Nur wenn die Gerichtsobrigkeiten mit denen Nachbarn oder mit ihren Unterthanen in Streit gerathen, wer eigentlich die Wegebesserung zu thun schuldig, soll — wie dies bereits in der Entscheidung des Geheimen Ober-Tribunals vom 30. Mai 1840 (Entscheidungen Bd. 6. S. 171.) näher ausgeführt ist — die Landespolizeibehörde jedesmal befugt sein, sich wegen der Besserung des schlechten Weges an die Gerichtsobrigkeit provisionaliter zu halten, bis von der letzteren die Verbindlichkeit eines anderen Verpflichteten im Wege Rechtens ausgeführt ist.

Aus dieser Befugniß der Landespolizeibehörde folgt aber weder, daß dieselbe, wenn eine Landstraße der Reparatur bedarf, nicht von dieser Befugniß abgehe, und nicht einer andern Person, welche sie zur Besserung des Weges für verpflichtet erachtet, diese Besserung aufgeben dürfe, noch auch, daß diese andere Person, welcher von der Landespolizeibehörde die Besserung der betreffenden Wege aufgegeben ist, von der Obrigkeit, in deren Gerichten der schlechte Weg belegen, verlangen könne, daß diese statt ihrer den Weg bessere, oder die von ihr exekutivisch beigetriebenen Kosten der Wegebesserung erstatte. Es griffe vielmehr in die der Landespolizeibehörde nach den §§ 3. 38. u. 39. der Verordnung vom 26. Dezember 1808 und § 11. der Regierungs-Instruktion vom 23. Oktober 1817 (Gesetz-Sammlung für 1808 S. 465. und 474., und für 1817 S. 254.) zustehende Befugniß ein, wenn es ihr benommen werden sollte, sich wegen der Besserung eines schadhaften Weges an denjenigen zu halten, welcher nach ihrer Ansicht der Ver-

Digitized by Google

pflichtete ist. Dem dergestalt Herangezogenen steht allerdings, wenn er darzuthun vermag, daß die desfallsige Verpflichtung ganz oder theilweise einem Andern obliegt, nach § 5. a. a. O. die Befugniß zu, zur Feststellung der Rechte unter den Betheiligten und über die zu leistende Entschädigung die richterliche Entscheidung nachzusuchen. Diese Befugniß hat er aber in Fällen der vorliegenden Art nur gegen den, welchem wirklich die Last der Wegebesserung obliegt, nicht gegen den, welcher nur im Interesse der Landespolizeibehörde, und nur dieser gegenüber verpflichtet ist, provisionaliter und bis die Verbindlichkeit eines Andern im Wege Rechtens festgestellt ist, den schadhaften Weg zu bessern. Dies folgt aus der Natur der Sache, da die Gerichtsobrigkeit als solche nach den oben mitgetheilten Gesetzen in dem Herzogthum Magdeburg zur Wegebesserung auf eigene Kosten nicht verpflichtet ist, und nur dann in Gemäßheit jenes Ediktes vom 14. Juli 1742 die Verpflichtung hat, die schadhaften Wege auf Kosten des eigentlich Verpflichteten bessern zu lassen, wenn ihr diese Besserung im Interesse der Landespolizei von der betreffenden Behörde aufgegeben ist. Wird nicht ihr, sondern einem Dritten die Wegebesserung von der Landespolizeibehörde aufgegeben, so ist für sie als solche zur Wegebesserung auf Grund des Edikts keinerlei Verpflichtung vorhanden; welchem gemäß denn auch in jenem Edikte die Magdeburgische Kriegs- und Domänenkammer befehligt wird, falls der Eine oder der Andere in der ihm aufgegebenen Wegebesserung säumig sein sollte, diese selbst zu veranlassen, und die Kosten von demjenigen, der sie zu tragen schuldig, beitreiben zu lassen.

Ist aber hiernach im Herzogthum Magdeburg derjenige, welchen die Landespolizeibehörde durch eine polizeiliche Verordnung zur Besserung einer Landstraße, resp. zur Erstattung der von der Landespolizeibehörde selbst auf die Instandsetzung der Straße verwendeten Kosten angehalten hat, nicht auf Grund des mehrgedachten Edikts vom 14. Juli 1742 berechtigt, von

Digitized by Google

derjenigen Obrigkeit, in deren Gerichten die schadhafte Straße belegen ist, die Uebernahme dieser Last, resp. die Erstattung der von ihr beigetriebenen Kosten zu verlangen, so hat der Appellations-Richter durch seine entgegengesetzte Ausführung rechtsgrundsätzlich gegen jenes Edikt gefehlt, und mußte eben deshalb die erhobene Richtigkeitsbeschwerde für begründet erachtet werden.

In der Sache selbst war das Appellations-Urtheil aufrecht zu erhalten.

Bereits in dem Mandate vom 11. und 21. September 1699, dessen oben gedacht ist, werden gegenübergestellt die Wege, welche die Städte und Partikuliere, und diejenigen, welche die Kurfürstlichen Aemter zu repariren haben.

In dem mehrgedachten Edikte vom 14. Juli 1742 wird gesagt:

daß der Staat die Kosten zu den Wegen, deren Unterhaltung und Reparatur ihm obliege, hergeben wolle.

Schon längere Zeit vor dem Erscheinen dieses Edikts, unterm 22. Juli 1712, waren, wie dies in den Gründen des von beiden Theilen in Bezug genommenen Erkenntnisses des Geheimen Ober-Tribunals vom 30. Mai 1840 (Entscheidungen Bd. 6. S. 176.) nachgewiesen ist, die Stände des Herzogthums Magdeburg mit einer Beschwerde darüber eingekommen, „daß denen von Adel und anderen Obrigkeiten die Reparatur der Landstraße, welche der Landesobrigkeit zustehe, angemuthet werde.“ In der hierauf erlassenen Königlichen Immediatverfügung vom 9. September 1712 wird der Wegebesserung gedacht, welche die Königliche Kammer auf den Aemtern thun müsse, und zum Schluß wird gesagt:

Ihr könnt ihnen — den Ständen — auch dabei anzeigen, daß, dafern sie das in dem Reskripte vom 10. August geschehene gnädigste Erbieten nicht sofort annehmen, Wir zwar die bösen Wege in den Aemtern auf unsere Kosten repariren lassen, dabei aber auch alle und jede Interessenten zur

Digitized by Google

Besserung der bösen Wegen in ihren Distrikten durch genugsame Zwangsmittel anhalten würden.

Diesem gemäß ist denn bereits in jener Entscheidung vom 30. Mai 1840 (Entscheidungen Bd. 6. S. 170. und 171.) angenommen worden, daß der Staat in dem Falle der Prinzipalverpflichtete sei, wenn der zu bessernde böse Weg sich auf einem Königlichen Domänenamte befindet, der Staat also der Grundherr ist.

Dieser Fall liegt hier vor. Denn darüber, daß Salbke ein Domänenamt ist, welches dem Königlichen Fiskus gehört, waltet ein Streit unter den Parteien nicht ob. Der verklagte Domänenfiskus stellt auch nicht in Abrede, daß er die von Magdeburg nach Schönebeck führende Straße, soweit sie über die Feldmark der Domäne Salbke geht, zu unterhalten verpflichtet ist, und wirklich unterhält. Nur den Theil dieser Straße, welcher das Dorf selbst berührt, resp. durch dasselbe hindurch geht, erachtet er zu unterhalten sich nicht für verpflichtet, da, wie er meint, dieser Theil nicht Land- sondern Dorfstraße sei, Dorfstraßen aber von den betreffenden Gemeinden unterhalten werden müßten. Mit Recht führt indeß der Appellations-Richter aus, daß die Straße, soweit sie das Dorf selbst durchschneide, ein Theil der ganzen, von Magdeburg nach Schönebeck führenden Land- und Heerstraße sei, und daß von diesem Theile dasselbe, wie vom Ganzen, gelten müsse, so lange bis der Nachweis geführt sei, daß der Theil die Eigenschaft des Ganzen verloren habe. Diesen Nachweis hat der Verklagte nicht geführt.

Der Appellations-Richter hat solchergestalt den Verklagten mit Recht nach den Anträgen der Klägerin verurtheilt.

Ob und inwieweit etwa ein Dritter zur Mitleidenschaft rücksichtlich der fraglichen Verpflichtung des Verklagten heranzuziehen, muß hier dahingestellt bleiben.

Digitized by Google

In einer ähnlichen Prozeßsache der Kommune der Altstadt Magdeburg wider den Königlichen Fiskus hatte jene darauf angetragen, den letzteren für nicht befugt zu erklären, von ihr, wie geschehen, die Unterhaltung und Besserung der von der Altstadt Magdeburg durch deren Feldmark über Hohendodenleben nach Seehausen führenden Landstraße zu verlangen, ihn vielmehr zu verurtheilen, dieselbe, soweit die Feldmark der Stadt Magdeburg gehe, selbst zu unterhalten und zu bessern, und hatten die Richter der beiden untern Instanzen diesem Antrage gemäß erkannt. Der Appellations-Richter stellte fest, daß die Feldmarken, durch welche der streitige Theil der von Magdeburg nach Seehausen führenden Landstraße gehe, bis zur Einführung der Französischen Justizverfassung in das Herzogthum Magdeburg, am 1. Januar 1808, zur Jurisdiktion des Königlichen Domänenamts der Möllenvogtey gehört haben. Er gründete die nach dem Antrage der Klägerin erfolgte Verurtheilung des verklagten Domänenfiskus ebenfalls auf die Ausführung, daß das für das Herzogthum Magdeburg und die Grafschaft Mansfeld, Magdeburgischer Hoheit, gegebene Edikt vom 14. Juli 1742 die Pflicht zur Besserung der Wege, wenn diese Pflicht streitig sei, zunächst der Obrigkeit, in deren Gerichten der schlechte Weg belegen, und zwar bis dahin auflege, daß ein anderer Verpflichteter aufgefunden sei, daß es Sache dieser Obrigkeit sei, einen anderen Verpflichteten zu ermitteln, und daß dieselbe, so lange dies nicht geschehen, als der Verpflichtete angesehen werden müsse.

Das Ober-Tribunal hat auch in dieser Sache, im Wesentlichen aus denselben Gründen, zwar die Nichtigkeitsbeschwerde des Verklagten für begründet erachtet, in der Sache selbst aber das angefochtene Urtheil ebenfalls dennoch aufrecht erhalten. Es hatte indeß die Klägerin ihre Klage nicht blos auf das Edikt vom 14. Juli 1742, sondern auch auf die Behauptung gegründet, daß der verklagte Domänenfiskus, auch abgesehen von diesem Edikte, die Verpflichtung habe, die strei-

Digitized by Google

tige Straße zu bessern, und diese Verpflichtung auch ausdrücklich anerkannt habe. Mit Rücksicht hierauf führte das Ober-Tribunal in den

Gründen

Folgendes aus.

Der Verklagte hat schon in der Klagebeantwortung zugestanden, daß er dann als Wegebauverpflichteter anzusehen sei, wenn Domänengrundstücke von einer Straße berührt oder durchschnitten würden. Seine Verpflichtung, die streitige Straße zu unterhalten, hat er nur deshalb bestritten, weil er keine Grundstücke besitze, welche an derselben belegen seien. Da er selbst aber zugestanden hat, daß die Feldmarken der Altstadt Magdeburg und der Sudenburg, insbesondere die Theile derselben, durch welche die Hohendodenlebener Straße führt, bis zur Einführung des Französischen Rechts in das Herzogthum Magdeburg, am 1. Januar 1808, zum Jurisdiktionsbezirk der Möllenvogtey, eines Königlichen Domänenamts, gehört haben, zu welchem, außer verschiedenen Ländereien in dem Horsdorfer und Rollersdorfer Felde, verschiedene Wiesen, Weidenwerder, ansehnliche Prästationen, Hand- und Spanndienste und Hütungsgerechtsame gehörig gewesen sind, und da er nicht bestritten hat, daß bis zu jener Zeit Grundstücke, welche zu dem gedachten Königlichen Domänenamte gehörten, von der streitigen Straße durchschnitten und berührt worden sind: so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der Verklagte nach seinem eigenen Zugeständnisse mindestens bis zum 1. Januar 1808 verpflichtet gewesen ist, die streitige Straße zu bauen und resp. zu unterhalten. Hat aber diese Verpflichtung bis dahin bestanden, so wäre es des Verklagten Sache gewesen, den Nachweis zu führen, daß und wodurch diese Verpflichtung erloschen sei. Diesen Nachweis hat er nicht geführt. Denn was insbesondere die von ihm in dieser Beziehung erwähnte Einführung des Französischen Rechts in das Herzogthum Magdeburg betrifft: so hat diese auf seine Verpflichtung keinen Einfluß ge-

Digitized by Google

übt, da in der Westphälischen Konstitution vom 15. November 1807 ausdrücklich bestimmt ist, daß es in Ansehung der Frage, wem der Bau und die Unterhaltung dieses oder jenes Weges oder Straße obliege, bei den früheren hierüber bestehenden Normen sein Bewenden behalten solle. Auch dadurch allein hat seine Verpflichtung, die fragliche Straße zu bessern, nicht aufgehört, daß, wie er behauptet, die Feldmark, durch welche die fragliche Straße führt, gegenwärtig zu denjenigen Feldmarken gehört, welche das Stadtgebiet bilden, und daß jetzt, wie er gleichfalls behauptet, nur städtische Privat- und Kommunal-Grundstücke an der fraglichen Straße belegen sein sollen. Dies erscheint um so unzweifelhafter, als er eingeräumt hat, daß die Vermögensrechte des früheren Domänenamts der Möllenvogtey auf ihn übergegangen seien.

No. 51. — IV. Senat. Sitzung v. 23. Jan. 1855.

Revision und Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Höxter.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Paderborn.

Klage auf Erfüllung eines über börsen- und marktgängige Waaren geschlossenen Kaufvertrages nach Ablauf des Erfüllungstermines, — nach Gemeinem Rechte.

Auch nach dem Gemeinen Rechte findet bei Zeitkaufsverträgen über börsen- und marktgängige Waaren nach Ablauf des Erfüllungstermines eine purgatio morae nicht statt, jedoch ist seitens des in der Erfüllung nicht Säumigen gegen den Säumigen die Klage auf Erfüllung nicht für unbedingt unzulässig zu erachten.

Lex 1. Dig. de condictione triticaria (13. 3.).

Der R. zu Niedemeister in Kurhessen verpflichtete sich durch den daselbst im Herbste 1850 mit dem Gastwirth S. zu Stahle

Digitized by Google

im Preußischen geschlossenen schriftlichen Vertrag, dem letzteren zehn Last Weizen zum Preise von 112 Rthlrn. für jede Last zu Karlshafen zu liefern. Der Vertrag wurde nach Angabe des S. am 25. Oktober 1850, einem Freitage, geschlossen, und sollte die Lieferung „nächste Woche“ erfolgen. S. sandte sofort seinen Schiffer B. nach Karlshafen, um den Weizen abzunehmen, erhielt aber nur vier Last geliefert. Unter der Behauptung, daß der Weizen immittelst einen Werth von 162 Rthlrn. erlangt habe, forderte S. von dem R. im Wege der bei dem Kreisgerichte zu Höxter, als dem Richter des angelegten Arrestes, angebrachten Klage Nachlieferung der übrigen sechs Last Weizen gegen Zahlung von 112 Rthlrn. für jede Last und außerdem als Schadenersatz die Differenz zwischen den beiden gedachten Preisen. — Der Verklagte beantragte die Abweisung des Klägers. Er behauptete, daß die Vertrags-Urkunde im Datum verändert, indem der Vertrag am 1. November 1850 geschlossen sei, derselbe daher bis zum 10. November 1850 habe erfüllt werden müssen, bis wohin er den Weizen bereit gehalten, während Kläger das Kaufgeld weder geleistet noch angeboten, sich also seinerseits in Verzug befunden habe. — Der erste Richter erkannte in Betreff der Erfüllung nach dem Antrage, wies aber den Kläger mit dem Entschädigungs-Anspruche ab. Dies Urtheil wurde von dem Appellationsrichter auf die Appellation des Klägers bestätigt, auf die Appellation des Verklagten aber dahin abgeändert, daß die Abweisung der Klage auf Nachlieferung der sechs Last Weizen oder die Verurtheilung des Verklagten zu dieser Nachlieferung von der Ableistung oder Nichtableistung eines dem Verklagten darüber, daß er bis zum 9. November 1850 einschließlich sechs Last Weizen in Karlshafen zur Abnahme seitens des Klägers bereit gehalten habe, abhängig gemacht wurde.

Das Ober-Tribunal hat auf die von dem Kläger eingelegte Revision und als Revision behandelte Nichtigkeits-Beschwerde das Appellations-Urtheil abgeändert und das erste

Digitized by Google

Urtheil mit der Maaßgabe wiederhergestellt, daß die Klage auf Entschädigung nicht völlig, sondern nur angebrachtermaaßen abzuweisen.

Gründe:

Beide Richter wenden auf das Rechtsverhältniß der Parteien das Gemeine Recht an, was auch vollkommen gerechtfertigt erscheint, da der Vertrag, aus welchem geklagt wird, nicht nur in Kurhessen abgeschlossen ist, sondern auch dort, nämlich in Karlshafen, zur Erfüllung kommen sollte.

Dieser Vertrag stellt sich als ein Kaufvertrag dar, denn es ist eine bestimmte Sache, — zehn Last Weizen, für einen gewissen Preis, — 112 Rthlr. für jede Last, von dem Verklagten an Kläger verkauft worden, wobei Verklagter die Verbindlichkeit übernommen hat, die Sache nächste Woche „frei ins Schiff“ dem Kläger zu übergeben.

Wird diese Verabredung, insofern darin die Zeit der Lieferung bestimmt ist, als ein Zeitkauf über börsen- oder marktgängige Waaren betrachtet, so würde der konstanten Annahme des höchsten Gerichtshofes zufolge nach Preußischem Rechte eine Klage auf Erfüllung nach Ablauf der Zeit weder dem Säumigen, noch dem nicht Säumigen freistehen, vielmehr nur die Entschädigungsklage, und deshalb das zweite Erkenntniß rücksichtlich des auf Erfüllung gerichteten Klageantrages bestätigt werden müssen, da derselbe sogar gänzlich, nicht erst in Vorgang eines Eides, diesen Grundsätzen zufolge abzuweisen gewesen wäre.

Allein wenn auch das Motiv jener Ansicht, — daß nämlich das Objekt, worüber kontrahirt wird, eben nur mit Bezug auf die bestimmte Zeit aufzufassen, später als ein von dem kontraktlichen Objekte verschiedenes Objekt zu betrachten ist, — nicht etwa in einer Eigenthümlichkeit des Preußischen Rechts, vielmehr in der Sachlage selbst beruht, so läßt sich doch nicht ohne Weiteres der adoptirte Grundsatz als ein im

Digitized by Google

Gemeinen Rechte unbedingt gültiger betrachten. Eine Vorschrift darüber fehlt daselbst, und die Praxis der gemeinrechtlichen Gerichtshöfe, sowie die Theorie der Rechtslehrer lassen den Grundsatz keineswegs als einen rezipirten erscheinen. Zwar zeigt sich jenes Motiv in dem gemeinrechtlichen Grundsatze, daß bei fungiblen in einer Zeitfrist zu liefernden Sachen die Entschädigung sich nach dem Werthe zur Zeit der Lieferung richtet, —

Lex 1. Dig. de condictione triticaria (13. 3.): „Si merx aliqua, quae certo die dari debebat, petita sit, veluti vinum, oleum, frumentum, tanti litem aestimandam Cassius ait, quanti fuisset eo die, quo dari debuit.

einen Grundsatz, den auch das Ober-Appellations-Gericht zu Cassel in seinen Entscheidungen anerkannt hat, — Stüppelmann, Sammlung der Entscheidungen von Cassel Thl. 5. S. 245. Es leidet ferner keinen Zweifel, daß, wie auch der Appellationsrichter ausführt, bei derartigen Verkäufen eine purgatio morae, nachdem der Termin abgelaufen ist, nicht mehr stattfindet, der Säumige also nachher von dem Anderen wider dessen Willen die Erfüllung nicht mehr fordern kann, was sowohl vom Käufer gilt, als vom Verkäufer, — Thöl, Handelsrecht §§ 86 — 88.; Stüppelmann a. a. O. Th. 7. S. 127.

Dagegen läßt Thöl sowohl, als das Ober-Appellationsgericht zu Cassel, dem nicht Säumigen die Klage auf Erfüllung zu; letzteres hat (vergl. Stüppelmann a. a. O. No. 1.) ausgesprochen: „daß der Verpflichtete durch Nicht-Leistung oder nicht gehörige Leistung des Schuldigen an die Stelle der ursprünglichen Obligations-Objekte nicht einen anderen Gegenstand setzen kann.“ Da die Praxis des obersten Hessischen Gerichtshofes in dieser Sache besonders von Gewicht sein muß, so wird die Zulässigkeit der Klage auf Erfüllung nicht absolut geleugnet werden können, vielmehr davon abhängen, ob

Digitized by Google

der Kläger sich in mora, sei es solvendi oder accipiendi, befunden hat, welches letztere mit der Frage, ob der Verklagte als Verkäufer auch rechtzeitig die Waare zur Uebergabe bereit gehabt, zusammenfällt.

Der zweite Richter geht nun auch auf die Prüfung dieser Fragen ein. Insofern er jedoch zuvörderst von dem Kläger den Beweis verlangt, daß derselbe zur Zeit der Lieferung Zahlung geleistet oder offerirt habe, erscheint dies nicht begründet. Es ist nicht einmal auf baare Zahlung verkauft worden. Außerdem aber liegt es in der Sache, daß der Verkäufer mit der Erfüllung den Anfang machen, die Sache übergeben muß, ehe der Käufer Zahlung zu offeriren oder zu leisten hat. Kläger behauptet aber, daß Verklagter zur festgesetzten Zeit nicht übergeben habe, und ist dies richtig, so kann von einer mora des Verklagten so wenig in solvendo als in accipiendo die Rede sein. Der zweite Richter hält nun ferner den Beweis der Erfüllung des Verklagten bis zu einem demselben aufgelegten nothwendigen Eide für erbracht. Diese Annahme ist aber nach Lage der Sache nicht gerechtfertigt.

Ueber den Kaufkontrakt verhält sich der in dem Notizbuche des Klägers eingeschriebene, von dem Verklagten geständig unterschriebene Vermerk, dessen Inhalt als richtig zugegeben wird, und bei dem auch in Ansehung des Datums — 25. Oktober 1850 — dem Verklagten der Gegenbeweis obliegt, insofern er die Unrichtigkeit desselben behauptet. (Es wird hierauf ausgeführt, daß dieser Gegenbeweis dem Verklagten nicht gelungen, vielmehr dessen Behauptung durch das Zeugniß des nach der Verabredung der Parteien mit der Verschiffung des Weizens beauftragt gewesenen Schiffers B. für widerlegt zu erachten sei. Sodann heißt es weiter:)

Es muß daher bei dem Datum als dem 25. Oktober stehen geblieben werden, und hiernach fiel, da der 25. Oktober ein Freitag war, der äußerste Termin der Lieferung auch bei der günstigsten Auslegung des „nächste Woche“ auf den 2. No-

Digitized by Google

vember. Dies stimmt auch mit der Aussage des Schiffers B., nach welcher Verklagter sich verpflichtete, in den nächsten Tagen den Weizen zu liefern. Der B. ist nun noch einige Zeit dageblieben (nämlich in Karlshafen), der Verklagte hat täglich davon gesprochen, daß er Weizen erhalten werde, ihm jedoch innerhalb acht Tagen, die er noch dablieb, nur vier Last übergeben. Länger konnte B. nicht warten und fuhr daher ab.

Hiernach fällt also dem Verklagten offenbar eine nicht zeitige Erfüllung zur Last, und Kläger war nicht gehalten, für einen anderen Schiffer damals zu sorgen. Demzufolge ist die Klage auf Erfüllung gerechtfertigt.

Der Anspruch auf Entschädigung dagegen, in welcher Beziehung die Nichtigkeitsbeschwerde von der Revision nach sich gezogen wird, muß, zwar nicht völlig, aber doch angebrachtermaaßen zurückgewiesen werden, da eine Entschädigung nicht nach einem willkürlichen Preise aus irgend einem Zeitpunkte nach der Lieferung, sondern, wie oben schon bemerkt, nur nach dem Preise zur Lieferungszeit sich richten kann, und es sich erst ergeben muß, ob, wenn es zur Erfüllung kommt, dem Kläger irgend ein Schaden und nicht vielmehr Vortheil erwachsen ist.

No. 52. — V. (Rheinischer) Senat.

Sitzung vom 23. Januar 1855.

Kassations-Rekurs.

Gericht I. Instanz: Land-Gericht in Koblenz.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gerichtshof in Köln.

Eigenthum an den Katholischen Kirchen, ihren Dependenzien und Kirchhöfen, in der Rheinprovinz.

In dem auf der linken Rheinseite belegenen Theile der Rheinprovinz steht den Civil-Gemeinden das Eigen-

Digitized by Google

thum an den Kirchen, ihren Dependenzien und Kirchhöfen zu.

Gesetz vom 11. Prairial IH.; Konkordat v. 26. Messidor IX. Art. 12. 13.; Gesetz vom 18. Germinal X. Art. 64. ff. 71. 72. 75. 76.; Konsular-Beschluß vom 20. Prairial X. Artikel 2. 3. 11.; Beschluß vom 7. Thermidor XI.; Dekret vom 23, Prairial XII. Art. 9. 16. (v. Daniels, Handbuch IV. S. 535.; Gräff, Chron. Samml. S. 533.); Staatsraths-Gutachten vom 3. Nivose u. 6. Pluviose XIII. (Gräff, Chronol. Samml. S. 547.); Dekrete v. 30. Mai, u. 31. Juli 1806, 17. März u. 30. Dezember 1809 (Gräff, Chronol. Samml. S. 578. 583. 675.); Finanz-Gesetz vom 20. März 1813.

Die St. Paulus-Kirche zu Kreuznach war seit Einführung der Reformation in der Pfalz als Simultankirche benutzt, in Folge des Kurpfälzischen Religions-Ediktes vom Jahre 1705 aber in der Art wirklich getheilt worden, daß die Katholiken den Chor, die Protestanten das Langhaus erhielten, daß auch von dem die Kirche umgebenden Kirchhofe jeder der drei Konfessionen ein begrenzter Theil überwiesen wurde. Im Jahre 1814 veräußerte die katholische Gemeinde den Chor der Kirche, welchen dann später, im Jahre 1840, die evangelische Gemeinde erwarb. Dieses Verkaufs ungeachtet benutzte die katholische Gemeinde den ihr zugewiesenen Kirchhofsantheil bis zum Jahre 1828 als Begräbnißplatz, indem zu dieser Zeit die Civilgemeinde einen neuen Begräbnißplatz für sämmtliche Konfessionen außerhalb der Stadt anlegte.

Dieser Kirchhofsantheil wurde hiernächst Gegenstand eines Prozesses. Im Jahre 1837 beschloß nämlich der Vorstand der evangelischen Gemeinde, den ganzen seit 1828 unbenutzt liegenden Kirchhof zu applaniren und durch Gartenanlagen zu verschönern. Dagegen protestirte der katholische Kirchenvorstand, insofern seine Eigenthumsansprüche an den fraglichen Kirchhofsantheil nicht durch einen förmlichen Revers sicher gestellt würden. Das Presbyterium entgegnete in Gemäßheit eines Beschlusses vom 10. November 1837, daß jeder Gemeinde das

Digitized by Google

ihr auf den alten Kirchhof zustehende Recht vorbehalten bleiben solle. Eine ähnliche Erklärung gab dasselbe, als im folgenden Jahre der katholische Kirchenvorstand gegen die Fortnahme der Grenzen seines Kirchhofsantheils protestirte."

Später entstanden jedoch bei Gelegenheit der durch das Presbyterium veranstalteten Grasverkäufe des Kirchhofes neue Kontestationen, in Folge welcher die katholische Gemeinde mit Ermächtigung der geistlichen Behörde durch Akt vom 2. Juli 1851 Klage erhob auf Anerkennung ihres Eigenthumsrechtes an dem bis 1828 als Begräbnißplatz benutzten Antheil des alten Kirchhofes und Abtretung desselben im ungefähren Flächeninhalt von 80 Quadratruthen, und zwar letzterer mit Perzepten und Perzipienden seit dem Jahre 1828. — Die verklagte Gemeinde widersprach dem Anspruche, indem sie behauptete, daß der Kirchhof in Gemäßheit des Art. 9. des Dekretes vom 23. Prairial XII und jedenfalls in Folge der im Jahre 1828 erfolgten Einräumung eines neuen Begräbnißplatzes Eigenthum der Civilgemeinde geworden sei.

Durch Urtheil vom 9. Dezember 1851 verurtheilte das Landgericht zu Koblenz die verklagte Gemeinde ganz nach dem Klageantrage. Der Richter prüfte das behauptete Eigenthum der Civilgemeinde sowohl in Beziehung auf die revolutionaire Französische Gesetzgebung über das Eigenthum der Kirchen überhaupt, als auch in Beziehung auf die speziellen Bestimmungen des Dekretes vom 26. Prairial XII und des Staatsrathsgutachtens vom 25. Januar 1807 über die Begräbnißplätze. In beiden Beziehungen wurde angenommen, daß das Eigenthum den Kirchenfabriken nicht entzogen sei, und zwar in erster schon nicht nach den Französischen Gesetzen selbst, jedenfalls nicht in den Rheinischen Departements, weil die betreffenden Gesetze in diesen nicht eingeführt worden; in zweiter aber, weil die erwähnten Gesetze keineswegs die Absicht gehabt hätten, das Eigenthum der alten Kirchhöfe den Civilgemeinden zu überweisen, sondern nur ihnen die Benutzung derselben zu gestatten,

Digitized by Google

wo sie schon Eigenthümer gewesen, was in Frankreich allerdings in der Regel, aber nicht in den Rheinischen Departements der Fall gewesen sei. Deshalb wurde denn angenommen, daß der fragliche, der katholischen Gemeinde bei der reellen Theilung der Simultankirche überwiesene Kirchhofsantheil Eigenthum derselben gewesen, und ihrer Klage überall stattgegeben.

Gegen dieses Urtheil appellirte die verklagte evangelische Kirchengemeinde. Gleichzeitig intervenirte aber auch die Civilgemeinde und bat, übereinstimmend mit der Appellantin, das Urtheil abzuändern und die Klage abzuweisen.

Der Appellations-Gerichtshof änderte jedoch das erste Urtheil nur insoweit, als es die Verklagte auch für die Zeit vom Jahre 1837 bis zum Tage der Klage nicht blos zur Erstattung der Perzepten, sondern auch zur Erstattung der Perzipienden verurtheilt hatte, verwarf aber im Uebrigen die Berufung, erklärte die Eigenthumsansprüche der Kläger und die Verpflichtung der Verklagten zur Erstattung der seit dem Jahre 1837 bezogenen Früchte und dieser so wie der Perzipienden seit der Klageanstellung für begründet, und ordnete nur eine Ortsbesichtigung und weitere Entscheidung in erster Instanz behufs näherer Feststellung der Grenzen an. In den Gründen wurde rücksichts der Ausführung, daß die vor dem 23. Prairial XII erlassenen Französischen Gesetze, insoweit sie das Eigenthum der Kirchen den Fabriken entzogen hatten, in den vier Rheinischen Departements nicht publizirt seien, lediglich auf die Motive des ersten Urtheils Bezug genommen. In denselben war

I. für die Annahme, daß auch in Frankreich die Civilgemeinden ein Eigenthum an den Kirchen nicht erlangt, diese vielmehr Eigenthum der Fabriken gewesen, Folgendes angeführt:

Die durch die früheren revolutionairen Gesetze eingezogenen Kirchen seien, soweit sie zum Gottesdienst erforderlich befunden, durch den Art. 75. des organischen Gesetzes vom 18. Germinal X

Digitized by Google

ihrer früheren Bestimmung zurückgegeben, und zwar dies mit den Worten:

„Les édifices anciennement destinées au culte seront mis à la disposition des évêques.“

Dieselben Worte seien in dem entsprechenden Art. 12. des Konkordats vom 26. Messidor IX gebraucht. Dieser Art. 12. stehe aber in innerer Verbindung mit dem Art. 13., in welchem der Papst, wie es ausdrücklich heißt, um des öffentlichen Friedens willen, die geschehenen Verkäufe des Kirchenguts Namens der Kirche anerkannt habe. Hieraus folge, daß beide Theile unter den Worten: „seront mis à la disposition des évêques“ dem Eigenthum nach eine Restitution der noch vorhandenen und zum Kirchengute erforderlichen Kirchengebäude nebst Pertinenzien an ihre vormaligen Eigenthümer, die Kirchen, verstanden hätten.

Eine Ueberweisung an die Civilgemeinden sei auch nicht aus andern Gesetzen zu folgern.

1. Das Staatsrathsgutachten vom 3. Nivose XIII nenne zwar unter andern zum öffentlichen Gebrauche dienenden Gebäuden auch die Kirchen und bestimme, daß sie nicht aufhören könnten, den Gemeinden zu gehören (d'appartenir aux communes), und

2. das Staatsrathsgutachten vom 6. Pluviose XIII sage geradezu, daß die Kirchen und Presbyterien, welche den Gemeinden in Ausführung des Gesetzes vom 18. Germinal X überlassen sind, als Kommunal-Eigenthum zu betrachten seien (doivent être considérés comme propriétés communales).

Allein die dem Staatsrathe vorgelegte Frage habe damals nicht die Rechtsverhältnisse zwischen den Kirchenfabriken und Gemeinden, sondern zwischen dem Staate und den Gemeinden, und im letzten Falle speziell in der Hinsicht, ob der Staat bei Einräumung der von ihm eingezogenen Kirchen zum kirchlichen Gebrauche nur ein Gebrauchsrecht oder das Eigenthum übertragen habe. Es könne daher in dieser Aeußerung des Staats-

Digitized by Google

raths nicht eine den Richter bindende authentische Interpretation des organischen Gesetzes resp. des Konkordats gefunden werden. Vielmehr bestätige sich aus anderen Gesetzen, daß das Eigenthum den Kirchengemeinden zustehe. Durch die Dekrete vom 30. Mai und 31. Juli 1806 seien den Kirchenfabriken die supprimirten kirchlichen Gebäude zum Eigenthum überwiesen, und zwar im unbeschränktesten Sinne, dergestalt, daß ihnen die Befugniß, sie zu ihrem Nutzen zu verkaufen, sowie zu vertauschen und zu vermiethen, zugesprochen sei. Hiermit lasse sich die Annahme, daß den Fabriken, welchen das Eigenthum profaner Gebäude und bloßer Accessorien der zum Kultus dienenden Kirchen zugesprochen, das Eigenthum an diesen selbst nicht besitzen sollten, nicht vereinigen. Dazu komme nun noch, daß unbestritten der Gebrauch der Kirchen nur den kirchlichen Gemeinden zustehe, und daß daher das vorausgesetzte Eigenthum der Civilgemeinden aller wesentlichen Merkmale des Eigenthums beraubt sein würde. Auch lasse sich nicht, wie man behauptet habe, aus dem Dekrete vom 17. März 1809 und dem Art. 92. des Dekretes vom 30. Dezember 1809 eine nuda proprietas der Civilgemeinden folgern. Das erste Dekret bestimme zwar, daß bei verkauften, aber dem Staate zurückgefallenen Kirchen und Pfarrhäusern die den Käufern etwa zu leistenden Rückzahlungen den Fabriken zur Last fallen, dagegen die von den Käufern für etwaige Degradationen zu gewährenden Entschädigungen in die Kommunalkasse fließen sollen. Allein da es sich hier um solche supprimirte Gebäude handle, deren Eigenthum schon durch das Dekret vom 30. Mai 1806 den Fabriken überwiesen worden, so lasse sich aus dieser singulären Anordnung keine Folgerung auf ein Eigenthum der Civilgemeinden ziehen. Ebenso sei kein Grund vorhanden, die Bestimmungen des Art. 92. des Dekretes vom 30. Dezember 1809, nach welchem die Civilgemeinden die großen Reparaturen der dem Gottesdienste gewidmeten Gebäude zu tragen haben, aus einer nuda proprietas und den Art. 605. und 606. des Bürgerlichen Gesetzbuches zu

Digitized by Google

erklären, da diese den Gemeinden auferlegte Last schon dadurch gerechtfertigt werde, daß ein großer Theil der Gemeindeglieder die kirchlichen Gebäude benutze, wie denn auch nur aus diesem Grunde sonstige Zuschüsse zu kirchlichen Zwecken nach Art. 93. und 94. a. a. O. und nach dem Gesetze vom 14. März 1845 den Civilgemeinden auferlegt seien. Zwar seien nun in der That in dem Finanzgesetze vom 20. März 1843 unter anderen Gebäuden, welche von der angeordneten Veräußerung der Kommunalgüter ausgenommen worden, auch die Kirchen als von den Gemeinden besessene Gebäude namhaft gemacht. Allein diese blos enunziative Aeußerung könne höchstens als eine Ansicht der Redaktoren des Gesetzes über die Eigenthumsverhältnisse der Kirchen, nicht aber als eine Deklaration der früheren Gesetze betrachtet werden.

Sollte aber auch aus allen diesen Gesetzen eine andere Folgerung gezogen werden können, so fände dies auf die vier Rheinischen Departements keine Anwendung, weil hier die vor der Besitznahme derselben ergangenen revolutionären Gesetze über die Verwandlung des Kirchenvermögens in Nationalvermögen nie zur Publikation gekommen, mithin nicht das Konkordat und die organischen Artikel die Grundlage der rechtlichen Verhältnisse der Kirche bildeten, vielmehr das kirchliche Leben in den Pfarreien und das Eigenthum der Kirchen hier unverändert fortgedauert habe. Zwar habe der für diese Departements erlassene Konsularbeschluß vom 20. Prairial X, indem er im Art. 1. die geistlichen Stiftungen und Anstalten mit Ausnahme der durch das organische Gesetz vom 18. Germinal IX enthaltenen, für aufgehoben erklärte, im Art. 2. alle geistlichen Güter mit Inbegriff der beibehaltenen Bisthümer, Pfarreien, Kathedralkapitel und Seminarien unter die Hand der Nation gelegt. Allein da im Art. 11. neben den Presbyterien, bischöflichen Häusern und Kapitelgebäuden auch die zum katholischen Kultus dienenden Kirchen der Disposition der Bischöfe und Pfarrer überlassen seien, so ergebe sich, daß die Beschlagnahme

Digitized by Google

nur die Regelung des Diensteinkommens der Geistlichen in Folge des Art. 73. des Gesetzes vom 18. Germinal, nicht aber eine Aenderung in den Eigenthumsverhältnissen der Kirchen beabsichtigt habe. Dazu komme, daß die schon oben erwähnten Staatsrathsgutachten vom 6. Pluviose und 3. Nivose XIII weder im Gesetzbülletin noch in den offiziellen Präfekturakten des Rhein- und Moseldepartements sich fänden und mithin hier nicht zu berücksichtigen seien, wenngleich der Präfekt des Roerdepartements sie wirklich veröffentlicht habe.

II. In Betreff der Behauptung, daß durch das Dekret vom 23. Prairial XII wenigstens die Kirchhöfe Eigenthum der Civilgemeinden geworden seien, führte der erste Richter aus, daß dieses Dekret eine Veränderung der Eigenthumsverhältnisse nicht beabsichtigt, sondern nur den zur Anlegung neuer Kirchhöfe verpflichteten Civilgemeinden die Verpachtung der alten Kirchhöfe mit gewissen Modalitäten in dem Falle gestattet hätte, wenn sie Eigenthümer derselben seien, was vielleicht in Frankreich, aber in den Rheinischen Departements wegen des unveränderten Bestehens der kirchlichen Eigenthumsverhältnisse nicht der Fall gewesen sei.

Das Appellations-Urtheil, sich dieser Ansicht anschließend, gab dafür folgende weitere Motive:

in Erwägung, daß das Dekret vom 23. Prairial XII, welches aus sanitätspolizeilichen Rücksichten die Verlegung der Kirchhöfe außerhalb der Städte und Flecken verordnet, und den Gemeinden die Verpflichtung zur Anschaffung neuer Begräbnißplätze auflegt, im Art. 9. zwar die Bestimmung enthält, daß die bisherigen Begräbnißplätze nach Ablauf von 5 Jahren durch die Gemeinden, welchen sie angehören (par les communes aux quelles ils appartiennent), verpachtet werden können, daß aber die Worte: „aux quelles ils appartiennent“ blos den Fall unterstellen, wo die Kirchhöfe sich wirklich im Eigenthume der Gemeinden befinden und den

Digitized by Google

Gemeinden dadurch keineswegs ein ihnen bis dahin nicht zustehendes Eigenthum übertragen werden soll;

daß aus den bei der Abfassung des erwähnten Dekrets im Staatsrath stattgehabten Diskussionen sich auch ergiebt, daß es nicht die Absicht war, das Eigenthum der verlassenen Begräbnißplätze den bisherigen Eigenthümern zu entziehen und den Gemeinden zu überweisen;

daß dieses insbesondere daraus hervorgeht, daß der Art. 15. des Dekrets-Entwurfs, welcher lautet: „Les lieux de sépulture seront la propriété des communes et demeureront à leur charge", auch die von dem Domänenausschuß im Staatsrathe aufgestellte Behauptung, daß die Kirchhöfe in die Hände ihrer früheren Eigenthümer wieder zurückgekehrt seien, ganz gestrichen wurde, und daß ferner aus demselben Grunde in dem Art. 17. des Entwurfes, welcher den Art. 16. des gegenwärtigen Dekretes bildet, die Worte: „soit qu'ils appartiennent aux communes, soit qu'ils appartiennent aux particuliers", eingeschaltet worden sind.

Gegen dieses Urtheil ergriffen die verklagte Gemeinde und die intervenirende Civilgemeinde den Kassations-Rekurs, und zwar unter Aufstellung zweier Kassationsmittel:

I. Verletzung des Art. 75. des organischen Gesetzes vom 18. Germinal X, des Art. 12. des Konkordates vom 26. Messidor IX, der Staatsrathsgutachten vom 3. Nivose und 6. Pluviose XIII, des Art. 92. No. 2. und 3. des Dekrets vom 30. Dezember 1809, des Art. 2. des Gesetzes vom 20. März 1813 und der Art. 2. und 11. des Arrêté vom 20. Prairial X.

Sollten die Worte des organischen Gesetzes und des Konkordats zweifelhaft sein, so sprächen doch die Staatsrathsgutachten des Jahres XIII in unzweideutigster Weise das Eigenthum der Kommunen an den Kirchen aus, und diese klaren legislatorischen Aeußerungen ließen sich nicht durch die Bemerkung beseitigen, daß diese Gutachten nicht gerade die Frage, ob die Kirchengemeinden oder die Civilgemeinden Eigenthümer

Digitized by Google

seien, zur Aufgabe gehabt hätten. Mit dieser Auffassung stänben denn auch die Bestimmungen des Dekrets vom 30. Dezember 1809 und des Gesetzes vom 20. März 1813 im Einklange.

In den vier Rheinischen Departements seien nun zwar die früheren Gesetze über Einziehung des geistlichen Eigenthums nicht publizirt. Allein der Konsularbeschluß vom 20. Prairial X setze für sie die Eigenthumsfrage in dieselbe Lage, wie sie im eigentlichen Frankreich war. Denn im Art. 2. stelle er auch die Güter der beibehaltenen geistlichen Anstalten unter die Hand der Nation, und wenn der Art. 11. gewisse Güter und unter ihnen die Kirchen zur Disposition der Bischöfe stelle, so sei dies wiederum nur die Bestimmung des dabei ausdrücklich bezogenen Gesetzes vom 18. Germinal X, welche eine Verleihung des Eigenthums an diese Geistlichen nicht bezwecke.

Endlich seien auch hier die Staatsrathsgutachten des Jahres XIII zu beachten, da es bei ihrer blos deklarativen Natur nicht darauf ankomme, ob sie in den Rheinischen Departements publizirt worden.

Die Kassationsverklagte bezog sich im Wesentlichen auf die Urtheilsgründe der Instanzrichter und bemerkte:

Der Art. 75. des organischen Gesetzes stelle die bis dahin in der Hand der Nation befindlichen, näher bezeichneten kirchlichen Gebäude zur Disposition der Bischöfe. Der Uebergang des Eigenthums sei daher vom Staate direkt an die Kirche gelangt, nicht an die Civilgemeinden.

Das Arrêté vom 20. Prairial X habe im Art. 2. eine mangelhafte Redaktion oder einen Druckfehler. Die Bestimmung desselben, wonach sowohl die unterdrückten als auch die beibehaltenen Kirchen unter die Hand der Nation gestellt würden, würde, wenn sie wirklich so laute, wie sie vom Regierungs-Kommissar publizirt worden, mit den Anordnungen des Konkordats und des Art. 75. des Gesetzes vom 18. Germinal X in Widerspruch stehen, und in der That finde sich auch in Desenne code Général eine andere Lesart, nach

Digitized by Google

welcher die beibehaltenen Kirchen vielmehr als Ausnahme, mithin nicht unter die Hand der Nation gestellt, erschienen. Nur dadurch komme auch der erwähnte Art. 2. in Einklang mit dem Art. 1., nach welchen bei den in Folge des Konkordats beizubehaltenden Kirchen die Suppression gar nicht eintrete, und mit dem Art. 11., welcher die beibehaltenen Kirchen und andere Güter zur Disposition der Bischöfe und Pfarrer stelle. Jedenfalls würde aber, wenn die bei Desenne gegebene Lesart nicht die richtige sein sollte, der Art. 2. durch den Art. 11. wieder aufgehoben sein.

Die Staatsrathsgutachten vom Jahre XIII kämen theils deshalb nicht zur Anwendung, weil sie sich nur auf das Verhältniß zwischen Staat und Gemeinden bezögen, theils deshalb, weil sie in den Rhein-Departements nicht publizirt seien. Nehme man aber an, daß das Eigenthum der Kirchen den Gemeinden überwiesen sei, so dürfe man darunter nicht die bürgerlichen, sondern nur die kirchlichen Gemeinden verstehen, weil sonst eine auffallende Ungleichheit zwischen den katholischen und protestantischen Gemeinden entstehen würde. Denn diesen letzteren sei zufolge Art. 20. des organischen Gesetzes für den protestantischen Kultus das Eigenthum an ihren Kirchen geblieben, was denn namentlich im Falle einer Simultankirche zu einer undenkbaren Ungleichheit führen würde.

II. Kassationsmittel: Verletzung des Art. 9. des Dekretes vom 23. Prairial XII. Denn wenn dieser Artikel in Betreff der Gemeinden, welchen die Verpflichtung zur Anlegung neuer Begräbnißplätze aufgelegt worden, sich anknüpfend an die im Art. 8. enthaltene Untersagung der Benutzung innerhalb fünfjähriger Frist, dahin auslasse: „A partie de cette époque (einer im Art. 8. bestimmten fünfjährigen Frist) les terrains servant maintenant de cime tiéres pourront être affermés par les communes aux quelles ils appartiennent“, — so sei es offenbar, daß der Gesetzgeber die Gemeinden für die ihnen auferlegte Last entschädigen wolle, die er ihnen durch

Digitized by Google

Ueberweisung des Eigenthums gewähre. Den Schlußworten eine blos demonstrative Bedeutung beizulegen, sei schon deshalb unmöglich, weil dann der ganze Zusatz überflüssig gewesen, und es sich von selbst verstanden haben würde, daß das Recht der nur auf fünf Jahre auferlegten Verpachtung dem Eigenthümer zustehe.

Auch habe der vormalige Revisions- und Kassationshof in Sachen der Civilgemeinde wider die Pfarrgemeinde zu Neuenhoven zwar nach der gleichlautenden Bergischen Verordnung vom 30. August 1809, aber mit Bezugnahme auf das Dekret vom 23. Prairial XII, durch Urtheil vom 15. November 1841 angenommen, daß durch die Thatsache der Anlegung eines neuen Kirchhofs das Eigenthum von Seiten der Civilgemeinde erworben sei.

Der Kassationsverklagte entgegnete darauf mit der Bemerkung, daß das Dekret die Eigenthumsverhältnisse der früheren Begräbnißplätze nicht verändere.

Das Ober-Tribunal hat hierauf folgendes

Urtheil

erlassen.

In Erwägung, daß nur die Frage, ob das von der Kassationsverklagten in Anspruch genommene Stück eines Kirchhofs seinem Eigenthume nach derselben gehöre, theils unter dem Gesichtspunkte der Pertinenzqualität des Kirchhofs zur Kirche, theils mit Beziehung auf die Bestimmungen des Dekrets vom 23. Prairial XII über die Errichtung neuer Begräbnißplätze erörtert ist, daß in erster Beziehung die Eigenthumsverhältnisse der Kirchen für die vier Rheinischen Departements nach dem Konsularbeschluß vom 20. Prairial des Jahres X beurtheilt werden müssen, daß jedoch die Auslegung dieses Beschlusses von der Auffassung der in den älteren Departements der Französischen Republik bestandenen Gesetzgebung abhängt;

in Erwägung, daß die kirchlichen Gebäude und Güter durch

Digitized by Google

die im Anfange der Französischen Revolution erlassenen Gesetze säkularisirt, oder wie es darin heißt, mit der Verpflichtung, für die Bedürfnisse des Kultus zu sorgen, zur Disposition der Nation gestellt sind;

daß die Auslegung dieser Gesetze, nach welcher dieselben eine förmliche Einziehung alles Kirchenvermögens zu Gunsten des Staates enthielten, der auch theilweise zum sofortigen Verkaufe derselben schritt, keinen Zweifel unterliegt;

daß durch das Gesetz vom 11. Prairial des Jahres III den Bürgern der Gemeinden und ihrer Sektionen der freie Gebrauch der nicht veräußerten Kirchen mit der Verpflichtung, sie zu erhalten, provisorisch eingeräumt wurde;

daß demnächst durch das Konkordat vom 26. Messidor IX und durch das in Gemäßheit desselben erlassene Gesetz vom 18. Germinal X die kirchlichen Verhältnisse näher geregelt wurden;

daß zwar im Art. 12. des Konkordats verheißen wurde, die nicht veräußerten erzbischöflichen, bischöflichen und Pfarrkirchen, welche zum Gottesdienst nöthig seien, zur Disposition der Bischöfe zu stellen, während der Papst im Art. 13. die geschehenen Veräußerungen geistlicher Güter für unwiderruflich erklärte;

daß ebenso der Art. 75. des Gesetzes vom 18. Germinal X erklärte, daß die früher für den katholischen Kultus bestimmten, jetzt in der Hand der Nation befindlichen Gebäude, und zwar je ein Gebäude für jede Pfarre und Succursale, zur Disposition der Bischöfe gestellt werden sollten;

daß, da die Uebertragung des Eigenthums der Kirchengebäude auf die Bischöfe nach dem Zwecke dieser Bestimmungen nicht beabsichtigt sein konnte, das Wort: „Disposition“ hier nur den Sinn haben kann, daß die in der Hand, d. h. im nicht aufgehobenen Eigenthum der Nation befindlichen Kirchengebäude durch die Bischöfe zum Gebrauch den Pfarren und Succursalen überwiesen werden sollten;

daß die Behauptung, daß mit diesen Bestimmungen eine

Digitized by Google

Rückgewähr des Eigenthums beabsichtigt worden, auch mit den Motiven und den sonstigen Bestimmungen des organischen Gesetzes im Widerspruch steht;

daß in den Motiven es blos als ein Akt guter Administration dargestellt wird, daß die noch nicht verkauften Kirchen unveräußert und für ihre frühere Bestimmung erhalten blieben;

daß der Staat mithin sich selbst und nicht die Kirche fortwährend als den Eigenthümer der Kirchen ansah;

daß auch nach dem bereits angeführten Artikel die Ueberweisung der Kirchengebäude durch Beschlüsse der Präfekten erfolgen sollte, und mithin ganz von der Anordnung des Staates abhing;

daß ferner diese Auffassung des Verhältnisses der Kirche zum Staat sich theils aus den Bestimmungen über die Besoldung der Geistlichen (Art. 64. ff.) und über die Beschaffenheit ihrer Wohnungen (Art. 71. und 72.), theils aber auch daraus ergiebt, daß die Kirchen den moralischen Personen kirchlicher Gemeinschaften zum Eigenthum damals gar nicht überwiesen werden konnten, weil solche moralische Personen noch gar nicht existirten, indem nur durch den Art. 76. die Errichtung von Kirchenfabriken und zwar nur zu dem Zwecke der Ueberwachung und Konservation der Kirchen in Aussicht gestellt wurde;

daß auch der Umstand, daß der Papst im Art. 13. des Konkordats mit Anschluß an das im Art. 12. enthaltene Versprechen der Wiedereinräumung der erforderlichen und nicht veräußerten Kirchen die geschehenen Veräußerungen genehmigte, nicht zu der Meinung berechtigen kann, daß als Gegenleistung dieser Anerkennung die Rückgabe des Eigenthums der erforderlichen Kirchengebäude stipulirt sei, da unter den obwaltenden Umständen auch die bloße Wiederherstellung besserer kirchlicher Ordnung und die Einräumung des Gebrauchs der erforderlichen

Digitized by Google

und nicht veräußerten Kirchen sehr wohl jenes Anerkenntniß zu motiviren genügte;

in Erwägung, daß demnächst durch den Beschluß vom 7. Thermidor des Jahres XI die nicht veräußerten Güter der Kirchenfabriken denselben zurückgegeben sind, und die Verwaltung derselben durch drei Kirchmeister angeordnet ist;

daß auch ferner durch die Dekrete vom 30. Mai und 31. Juli 1806 in Beziehung auf dieses Fabriken-Vermögen weitere Bestimmungen getroffen sind, nach welchen die Kirchenfabriken die ihr zugewiesenen vormaligen Kirchengüter mit Einschluß der Gebäude und Güter supprimirter Kirchen verkaufen, vertauschen und vermiethen konnten, jedoch nur nach Kaiserlicher Autorisation der Veräußerung;

daß hieraus zwar hervorgeht, daß den Kirchenfabriken die supprimirten Kirchen und Kirchengüter als veräußerliches Vermögen überwiesen, und ihnen die Fähigkeit, Eigenthum zu erwerben, beigelegt wurde, daraus sich jedoch kein Schluß auf die Rückgewähr des Eigenthums der früher säkularisirten und nur zum kirchlichen Gebrauche eingeräumten Kirchengebäude ziehen läßt;

daß vielmehr das Staatsraths-Gutachten vom 3. Nivose des Jahres XIII., indem es bestimmt, daß zu den Gegenständen des Kommunal-Eigenthums, welches behufs der Tilgung der Kommunalschulden für den Staat einzuziehen, nicht diejenigen Gebäude zu rechnen seien, welche, ohne vermiethet zu sein oder eine Rente zu gewähren, dem öffentlichen Nutzen dienten, ausdrücklich auch der dem Gottesdienste wiedergegebenen Kirchen gedenkt und bestimmt, daß sie nicht aufhören könnten, den Gemeinden zu gehören;

daß zwar dies Gutachten nicht die Absicht hatte, die Rechtsverhältnisse zwischen den Kirchenfabriken und den Gemeinden festzustellen, daß es aber dennoch, da die Kirchen unzweifelhaft säkularisirt und nur zum gottesdienstlichen Gebrauche überwiesen waren, die Ansicht des Gesetzgebers ausspricht, daß diese Sä-

Digitized by Google

kularisation der Kirchen zu Gunsten der Civil-Gemeinden erfolgt sei;

daß noch bestimmter das Staatsrathsgutachten vom 6. Pluviose des Jahres XIII. auf die Frage: ob die Gemeinden Eigenthümer der ihnen in Ausführung des Gesetzes vom 18. Germinal des Jahres X. überlassenen Kirchen und Presbyterien geworden seien? sich dahin erklärt, daß diese Kirchen und Presbyterien Kommunal-Eigenthum seien;

daß die Behauptung, in diesen beiden Staatsraths-Gutachten seien nicht die bürgerlichen, sondern die kirchlichen Gemeinden gemeint, völlig grundlos ist und in Betreff des ersten derselben schon dadurch widerlegt wird, daß darin die Kirchen und Presbyterien mit Rathhäusern und Gefängnissen zusammengestellt sind, in Betreff des zweiten aber schon dadurch, daß der Begriff einer kirchlichen Gemeinde als Inhaberin von Eigenthumsrechten dem Gesetze vom 18. Germinal des Jahres X. und überhaupt dem damaligen Französischen Rechte fremd war;

daß das Dekret vom 17. März 1809, indem es die Bestimmung der Art. 72. und 75. des Gesetzes vom 18. Germinal des Jahres X. über die Ueberweisung der nothwendigen Kirchen und Presbyterien zu kirchlichen Zwecken auf solche Gebäude dieser Art anwendbar erklärt, welche nach ihrer Veräußerung durch den Staat denselben wieder zugefallen seien, eine weitere Aufklärung über das Verhältniß der Gemeinden zu solchen Gebäuden giebt, indem es bestimmt, daß die etwaigen Rückzahlungen, welche den Ankäufern zu leisten, zur Last der Kirche zu stellen, die etwaigen Entschädigungen aber, welche die Käufer für Degradationen zu zahlen hätten, in die Kasse der Civil-Gemeinde fließen sollten, welche in dieser Beziehung in die Rechte des Staates eingesetzt werde;

daß diese Unterscheidung sich nur dadurch erklären läßt, daß die Kirche, da sie durch den Wiedererwerb der gedachten Gebäude den Vortheil des Gebrauchs erlangen sollte, die deshalb erforderlichen Ausgaben bestreiten müsse, daß jedoch der

Digitized by Google

Civil-Gemeinde als Eigenthümerin die zu leistende Entschädigung zufalle;

daß ferner das Dekret vom 30. Dezember 1809, indem es die Rechte und Pflichten, so wie die Verwaltung des kirchlichen Fabrikvermögens umständlich festsetzt, die großen Reparaturen der Kirchen zur Last der Civil-Gemeinde stellt und mithin ihnen dieselbe Pflicht auflegt, welche nach Art. 605. des Bürgerlichen Gesetzbuchs der Eigenthümer dem Nießbraucher gegenüber hat, ja selbst die Pflicht zum Wiederaufbaue;

daß auch das Finanzgesetz vom 20. März 1813, indem es die Einziehung der nutzbaren Kommunalgüter zu Gunsten der Amortissementskasse verordnet, davon die den Kommunen gehörigen und zu einem öffentlichen Dienste bestimmten Gebäude ausnimmt, und unter denselben auch ausdrücklich die Kirchen als den Gemeinden gehörig aufzählt;

daß es hierbei nur die Bestimmung des Staatsraths-Gutachtens vom 3. Nivose des Jahres XIII. wiederholt, aber auch zeigt, daß diese rechtliche Auffassung eine bleibende des Gesetzgebers und durch die späteren Gesetze nicht geändert war;

daß nach allem Diesen nur die Civilgemeinde als Eigenthümerin der Kirchen und ihrer Dependenzien erscheint;

in Erwägung sodann, daß die Frage, inwieweit diese Französische Gesetzgebung für die vier Rheinischen Departements maaßgebend sei, zunächst aus dem Konsularbeschluß vom 20. Prairial des Jahres X. zu beantworten ist;

daß der Art. 2. desselben alle Güter, welche sowohl den aufgehobenen als den in Folge des Gesetzes vom 18. Germinal des Jahres X. beizubehaltenden kirchlichen Anstalten gehören, für National-Eigenthum erklärt;

daß die Behauptung, daß dieser Artikel durch ungenaue Redaktion oder einen Druckfehler entstellt, und seine Bedeutung eigentlich die gewesen sei, die Güter der beizubehaltenden geistlichen Institute von der Sequestration auszunehmen, an der bestimmten Wortfassung (tant aux ordres etc. supprimés

Digitized by Google

qu'aux évêchés etc.) ſcheitert und durch die fernere Beſtimmung des Art. 3., welcher in Ausführung des Art. 2. die Siegelanlage bei den geiſtlichen Inſtituten beider Art gebietet, widerlegt wird;

daß auch der Art. 11. damit keineswegs im Widerſpruche ſteht, indem er zwar die Presbyterien, Kirchen, Biſchöflichen- und Kanonikatshäuſer dem Geſetze vom 18. Germinal des Jahres X. gemäß und mit ausdrücklicher Bezugnahme auf dieſes Geſetz zur Dispoſition der Biſchöfe, Pfarrer ꝛc. ſtellt, jedoch dabei die Inventariſirung des Mobiliars der Kirchen behufs Feſtſtellung der Verantwortlichkeit der Geiſtlichen anordnet;

daß vielmehr beide Beſtimmungen, die des Art. 2. und des Art. 11., ganz den durch das Geſetz vom 18. Germinal des Jahres X. in den älteren Provinzen des Franzöſiſchen Reichs hergeſtellten rechtlichen Verhältniſſen der Kirche entſprechen und nur unter dieſer Vorausſetzung erklärlich iſt, daß man im Artikel 2. die Güter erſt noch ausdrücklich zum National-Eigenthum machte, die man im Art. 11. der Dispoſition der Biſchöfe, Pfarrer ꝛc. überließ;

daß mithin die Rheiniſchen Departements in dieſer Beziehung den älteren Theilen des Reichs gleichgeſtellt wurden;

daß hiernach die Anwendung aller ſpäteren geſetzlichen Erlaſſe, namentlich der Staatsraths-Gutachten vom 3. Nivose und 6. Pluviose des Jahres XIII., der Dekrete vom 30. Mai und 31. Juli 1806 und vom 17. März und 30. Dezember 1809, auf dieſe damals bereits mit Frankreich vereinigten Departements keinem Zweifel unterliegen kann;

daß auch der Mangel der förmlichen Publikation der erſterwähnten Staatsraths-Gutachten im Rhein- und Moſel-Departement einen ſolchen Zweifel nicht erwecken kann, da dieſe Gutachten nur Deklarationen über den Sinn der früheren publizirten Geſetze, alſo namentlich auch des Arrêté vom 20. Prairial des Jahres X. darſtellen, und nur zur Erklärung derſelben benutzt worden;

Digitized by Google

auf das zweite Kassationsmittel:

in Erwägung, daß das Dekret vom 23. Prairial des Jahres XII., indem es die Kommunen verpflichtet, Begräbnißplätze außerhalb der Städte und Flecken anzulegen, ihnen im Artikel 9. gestattet, die alten, dem Gebrauche entzogenen Kirchhöfe nach Ablauf eines fünfjährigen Zeitraumes zu verpachten;

daß der Art. 9., indem er diese Befugniß denjenigen Gemeinden beilegt, welchen die früheren Kirchhöfe gehören (auxquelles ils appartiennent), eine direkte Ueberweisung der früheren Kirchhöfe an die zur Anlegung neuer Begräbnißplätze verpflichteten Kommunen zwar nicht enthält;

daß jedoch ebensowenig der Zusatz: «par les communes auxquelles ils appartiennent» ein ganz müßiger sein kann, durch welchen nur ausgesprochen worden, daß die Verpachtung nur dem Eigenthümer zustehe;

daß er vielmehr zunächst davon ausgeht, daß nur Kommunen, mithin nicht Privatpersonen und auch nicht Kirchenfabriken, als Eigenthümer vormaliger Kirchhöfe betrachtet werden könnten, und dann die sehr wohl hierhergehörige Bestimmung enthält, daß durch dies Gesetz der Auseinandersetzung verschiedener Kommunen nicht vorgegriffen werden, mithin nicht nothwendig und ausschließlich diejenige Kommune, auf deren Boden der vormalige Kirchhof belegen, die Berechtigte sein solle;

daß die Vorschrift des Art. 16., nach welcher Begräbnißplätze der polizeilichen Aufsicht unterworfen sind, sei es, daß sie den Gemeinden, oder daß sie Privatpersonen gehören, für die gegenwärtige Frage ganz gleichgültig ist, da sie sich nicht auf die früheren und dieser Bestimmung entzogenen, sondern auf die in Zukunft zu diesem Zwecke dienenden bezieht, und mithin nur die Voraussicht enthält, daß auch solche Begräbnißplätze, deren Anlegung auf ihrem Eigenthume gestattet werden möchte, der öffentlichen Aufsicht nicht entzogen sein sollen;

daß, wenn man auch die erwähnten Worte des Art. 9. nur dahin auslegt, daß jene Gestattung sich auf die Gemeinden be-

Digitized by Google

ziehe, welchen das Eigenthum zusteht, doch nach dem Vorangeführten diese Bedingung ebensowohl bei den Gemeinden des Rhein- und Mosel-Departements, wie bei denen der älteren Französischen Provinzen, zutraf;

in Erwägung, daß hiernach der Appellations-Gerichtshof, insofern er annahm, daß durch die vor dem 23. Prairial des Jahres XII. erlassenen und in den vier ehemaligen Departements des linken Rheinufers publizirten Gesetze und Verordnungen den Kirchenfabriken das Eigenthum der Kirchhöfe nicht entzogen, und sodann auch ferner, daß dasselbe ihnen erhalten worden sei, das Arrêté vom 20. Prairial des Jahres X., den Art. 75. des organischen Gesetzes vom 18. Germinal des Jahres X., die Staatsraths-Gutachten vom 3. Nivose und 6. Pluviose des Jahres XIII. und die Art. 92. No. 2. und 3. des kaiserlichen Dekrets vom 30. Dezember 1809 verletzt hat;

aus diesen Gründen

kassirt das Königliche Ober-Tribunal, V. Civilsenat (Rheinischer Senat), das Urtheil des Appellations-Gerichtshofes zu Köln vom 11. Juli 1853, verordnet die Rückgabe der Succumbenzgelder und die Beischreibung dieses gegenwärtigen Urtheils am Rande des kassirten, legt dem Kassationsverklagten die Kosten zur Last; und, — indem es in der Sache selbst an die Stelle des Appellations-Richters tretend erkennt:

aus den vorangeführten Gründen und in Erwägung,

daß der klagende Verwaltungsrath seine Eigenthums-Ansprüche an den streitigen Kirchhofsantheil nicht nachgewiesen hat;

daß aber auch im Interesse der Civilgemeinde, eine Aburtheilung über diesen Gegenstand zu Gunsten des klagenden Kirchenvorstandes zu verhindern, nicht zu verkennen, und daher die Intervention derselben für begründet zu achten ist;

aus diesen Gründen

reformirt dasselbe auf die Berufung der verklagten evangelischen Gemeinde, und indem es die Intervention der Civilgemeinde zu

Digitized by Google

Kreuznach für begründet annimmt, das Urtheil des Landgerichtes zu Koblenz vom 9. Dezember 1851, und weist, indem es dasselbe aufhebt, den klagenden Verwaltungsrath mit seiner durch Akt vom 2. Juli 1851 erhobenen Klage ab.

No. 53. – IV. Senat. Sitzung v. 25. Jan. 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Dorsten.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Münster.

Wirksamkeit des Schuldscheins einer Ehefrau nach dem Provinzialrecht der Grafschaft Recklinghausen.

Nach dem Provinzialrechte der Grafschaft Recklinghausen hat der von einer Ehefrau ohne Zustimmung ihres Ehemannes über voreheliche Schulden ausgestellte Schuldschein keine Gültigkeit.

Kurkölnische Rechtsordnung vom 16. März 1663. (Schlüter, Provinzialrecht der Grafschaft Recklinghausen S. 149. ff.)

Die Ehefrau des Ackermanns Theodor B. hatte mit dem im Jahre 1842 verstorbenen W. in erster Ehe gelebt und im Jahre 1843 sich mit dem Theodor B. wieder verheirathet. Unter einer Rechnung ihres Schwiegersohns, des Schusters Wilhelm B., über Schusterarbeiten und einige andere Posten zum Gesammtbetrage von 107 Rthlr. 11 Pf. hatte sie einen vom 1. Juli 1843 datirten Vermerk unterschrieben, nach welchem sie diese Summe für richtig anerkannte, mit einem Prozent zu verzinsen und nach vierwöchentlicher Kündigung zu zahlen versprach. Der Schuster Wilhelm B. nahm nach vorheriger Kündigung dieses Kapitals die Eheleute Ackersmann Theodor B. auf Zahlung der 107 Rthlr. 11 Pf. gerichtlich in Anspruch. – Der mitverklagte Ehemann bestritt die Rich-

Digitized by Google

tigkeit der Schuld und wendete unter Anderem ein, daß der Vermerk unter der Rechnung von seiner Ehefrau nicht in ihrem Wittwenstande, sondern erst während ihrer jetzigen Ehe mit ihm ohne sein Wissen unterschrieben worden und daher für ihn unverbindlich sei. — Der Richter erster Instanz verurtheilte den Verklagten nach dem Klageantrage. Auf die Appellation des mitverklagten Ehemannes wies der zweite Richter den Kläger ab. Der zweite Richter nahm nach dem Ergebniß der Beweisaufnahme an, daß die mitverklagte Ehefrau das Anerkenntniß vom 1. Juli 1843 nicht in ihrem Wittwenstande unterschrieben habe, und daß, weil nach der im Veste Recklinghausen geltenden Kurkölnischen ehelichen Gütergemeinschaft die Ehefrau während der Ehe keine Verträge schließen und keine Schulden kontrahiren könne, außer in Betreff des ihr zur Besorgung überlassenen Hauswesens und zu gewöhnlichen Nothdurften, dieselbe auch kein gültiges Anerkenntniß über eine voreheliche, nach dem Statutarrecht mit in die Gütergemeinschaft fallende Schuld während ihrer Ehe ausstellen könne.

Das Ober-Tribunal hat auf die Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers das Appellations-Urtheil *vernichtet* und die Sache zur anderweitigen Erörterung und Entscheidung über die Richtigkeit und Gültigkeit der von dem Kläger liquidirten Schuldposten und über die von dem Verklagten dagegen erhobenen Einwendungen in die zweite Instanz zurückgewiesen —

in Erwägung:

daß der Appellations-Richter den an sich richtigen Rechtssatz, nach welchem der Schuldschein vom 1. Juli 1843 für ungültig erachtet wird, weil er von der Wittwe W. über ältere Schulden erst während ihrer zweiten Ehe ohne Zustimmung des Mannes ausgestellt worden, unrichtig angewandt und damit die von ihm allegirten Sätze in den §§ 128. und 138. des Provinzialrechts der Grafschaft Recklinghausen und die Kurkölnische Rechts-Ordnung vom 16. März 1663 verletzt hat, da nicht die bezeich-

Digitized by Google

nete Schrift das alleinige Klagefundament ausmacht, dieselbe vielmehr zum Beweise der speziell liquidirten Leistungen an Schuhmacherarbeit, Geld und anderen Vorschüssen beigebracht ist, demgemäß aber das Appellations-Erkenntniß der Vernichtung unterliegt;

daß es hiernächst darauf ankommt, den Beweis der Richtigkeit und der — denkbarer Weise rücksichtlich der Schuhmacherarbeiten, Darlehnsbeträge und Viktualienvorschüsse verschieden aufzufassenden — Gültigkeit der einzelnen Rechnungsposten zu beurtheilen, die erhobenen Einwendungen, insonderheit die Behauptung, daß die ganze Rechnung fingirt sei, zu erörtern und zu entscheiden, und eventuell die Modalitäten der Zahlungsverpflichtung bestimmt festzustellen;

daß dieses Alles jetzt nicht sofort geschehen kann, ohne den Parteien das vollständige rechtliche Gehör zu verschränken, und daher die Sache nach § 3. des Gesetzes vom 20. März 1854 (Gesetzsamml. S. 116.) in die zweite Instanz zurückgewiesen werden muß.

No. 54. — III. Senat. Sitzung v. 26. Jan. 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gerichts-Deputation in Rietberg.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Paderborn.

Gewährsansprüche des Pächters. — Entbehrter Gebrauch oder Nutzen und entgangener Gewinn.

a. Die Gewährsansprüche des Pächters an seinen Verpächter gehen blos deshalb, weil derselbe deren rechtzeitige Anzeige nach den §§ 623. ff. I. 21. des Allgemeinen Landrechts unterlassen hat, nicht verloren; hat er aber mit dieser Anzeige bis zu dem Zeitpunkte der Rückgewähr

Digitized by Google

gezögert, so kann er bei dieser damit nicht weiter gehört werden.*

A. L. R. I. 21. §§ 623-625.

b. Der gemein-gewöhnliche Gebrauch oder Nutzen, den der Verpächter dem Pächter vertragsmäßig zu gewähren hat, ist nicht als Gewinn im Sinne des § 287. I. 5. und der §§ 5. 6. I. 6. des Allgem. Landrechts, und seine Beeinträchtigung ist daher nicht als entzogener Gewinn aufzufassen.

A. L. R. I. 5. § 287., 6. §§ 5. 6., 21. §§ 271. 623-625.

Die Eheleute Müller K., von dem Kolonen H. aus einem Mühlenpachtvertrage gerichtlich in Anspruch genommen, machten widerklagend verschiedene, aus der mangelhaften Beschaffenheit und resp. der verspäteten Lieferung einzelner Theile der ihnen verpachteten Mühle ihnen angeblich erwachsene Kompensations- und resp. Gegenforderungen mit dem Antrage geltend, den Kläger unter Abweisung mit seiner Klage zur Zahlung von 62 Rthlrn. als dem Mehrbetrage ihrer Gegenforderungen zu verurtheilen. — Der Appellations-Richter erklärte die Widerkläger nur für berechtigt, von ihren Gegenforderungen den Betrag von 7 Rthlrn. für die Bearbeitung eines Lauferſteins auf die Forderung des Klägers in Abzug zu bringen. Er gründete diese Entscheidung eines Theils darauf, daß die Widerkläger die vorschriftsmäßige Anzeige der ihrerseits gerügten Gewährsmängel innerhalb des Jahres, in welchem sie sich gezeigt, unterlassen hätten; sodann aber auch auf die Annahme: daß die hierauf gegründeten Entschädigungs-Ansprüche den Ersatz entzogenen Gewinns verfolgten, hiernach aber zu ihrer Substanzürung dolus oder culpa lata des Verpächters zu behaupten und zu beweisen gewesen wäre.

* Vergl. Präjudiz No. 1440. (Plenarbeschluß) vom 28. Mai 1844, Präjudizien-Sammlung S. 128. und Entscheidungen Bd. 10. S. 33.

Digitized by Google

Das Ober-Tribunal hat auf die von den Widerklägern eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde das Appellations-Urtheil, insoweit es dieselben nur für berechtigt erklärt, von ihren Gegenforderungen jene 7 Rthlr. in Abzug zu bringen, vernichtet und die Sache zur nachträglichen materiellen Entscheidung in Betreff der Gegenforderungen wegen der mangelhaften Beschaffenheit einzelner näher bezeichneten Theile der Mühle, sowie wegen verspäteter Lieferung eines Laufersteins und wegen des angeblich um Jakobi 1852 eingetretenen Durchbruchs des ganzen Fluthwerks zurückgewiesen.

Gründe:

Beide (obenangeführte) Entscheidungsgründe des Appellations-Richters sind von der Nichtigkeitsbeschwerde mit Erfolg angegriffen worden. Denn was das erstere, auf die Bestimmungen der §§ 623. ff. I. 21. des Allg. Landrechts gegründete Argument betrifft, so verstößt dasselbe gegen den Plenarbeschluß vom 28. Mai 1844 (Entscheidungen Bd. 10. S. 33. ff.; — Justizministerialblatt für 1844 Seite 187.), in welchem mit Auslegung der vorbezeichneten Bestimmungen bereits anerkannt ist, daß die Gewährsansprüche eines Pächters an seinen Verpächter blos deshalb, weil derselbe deren rechtzeitige Anzeige nach den §§ 623. ff. I. 21. des Allg. Landrechts unterlassen, nicht verloren gehen, daß insbesondere die Rechte des Pächters, sich im Wege der Kompensation mit der ihm zustehenden Vergütung für Gewährsmängel gegen Ansprüche des Verpächters zu schützen, durch die Bestimmungen der §§ 623–625. a. a. O. nicht betroffen würden, der Sinn derselben überhaupt nur dahin gehe:

> daß, wenn der Pächter mit der Anzeige der von ihm zu rügenden Gewährsmängel bis zu dem Zeitpunkte der Rückgewähr gezögert habe, er bei dieser damit nicht weiter gehört werden könne.

Auch das zweite Argument der Entscheidung des Appellations-Richters ist hinfällig. Denn der gemein-gewöhnliche Ge-

Digitized by Google

brauch oder Nutzen, den der Verpächter dem Pächter auf Grund des Vertrages zu gewähren hat, — § 270. I. 21. des Allg. Landrechts — kann nicht als Gewinn im Sinne des § 287. I. 5. und der §§ 5. 6. I. 6. a. a. O., und seine Beeinträchtigung nicht als entzogener Gewinn aufgefaßt werden, wie dies in dem § 271. I. 21. a. a. O. in Ansehung der Mühlen insofern anerkannt ist, als der Pächter in dem dort bezeichneten, hier vorliegenden Falle auch bei einem mäßigen Versehen des Verpächters für befugt erklärt worden, den entzogenen sichern Gewinn zu fordern. Die entgegengesetzte Annahme des Appellations-Richters ist daher eine rechtsgrundsätzlich irrige, keineswegs eine thatsächliche Annahme desselben.

Die Vernichtung des Appellations-Urtheils, soweit dasselbe die hier in Rede stehenden, im Tenor näher bezeichneten Gegen- und Kompensations-Ansprüche der Imploranten betrifft, konnte hiernach keinem Bedenken unterliegen. — In der Sache selbst war mit Rücksicht auf die präjudizielle Natur der vom Appellations-Richter geltend gemachten Entscheidungsgründe die Zurückweisung zur zweiten Instanz behufs nachträglicher materieller Entscheidung über die bezeichneten Gegenforderungen der Verklagten auszusprechen, ohne hierbei dem Ermessen des Vorrichters wegen etwaiger Vervollständigung des von ihm bereits aufgenommenen Beweises vorzugreifen.

No. 55. — IV. Senat. Sitzung v. 27. Jan. 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Schlochau.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Marienwerder.

Verfügung des Erben über eine Nachlaßforderung vor Publikation des Testaments und Antretung der Erbschaft.

Die nach dem Tode des Erblassers, aber bereits vor der Publikation des Testaments und der Antretung der

Digitized by Google

Erbschaft getroffene Verfügung des Erben über eine Nachlaßforderung hat volle rechtliche Wirkung.

A. L. R. I. 9. §§ 367. ff., 12. § 242.

Für den Rendanten von K. hatte dessen Vater bei der Steuerbehörde eine Kaution bestellt. Auf diese hatte die Klägerin, unverehelichte Johanne K., wegen einer von ihr gegen den Rendanten von K. ausgeklagten Forderung von 167 Rthlrn. Arrest angelegt. Ihr Schuldner hatte jedoch schon vorher zu einer Zeit, da sein Vater bereits gestorben, das Testament aber noch nicht publizirt war, den Kautionsschein an N. cedirt, von welchem er demnächst an den Verklagten, Gastwirth J., cedirt worden ist. Gegen diesen Cessionar hat Klägerin beantragt: daß er verurtheilt werde, in die Auszahlung ihrer gegen den von K. ausgeklagten Forderung zu willigen. Sie behauptete, daß die Cession an den N. ungültig sei und führte aus, daß der Testamentserbe vor Publikation des Testamentes über ein Nachlaßaktivum gültig nicht verfügen könne. Von den Vorrichtern abgewiesen, legte sie die Nichtigkeitsbeschwerde ein, welche vom Ober-Tribunal verworfen worden ist.

Gründe:

Die Ansicht der Implorantin, daß eine von dem testamentarisch eingesetzten Erben nach dem Tode des Erblassers, aber vor Publikation des Testaments, ertheilte Cession eines Nachlaßaktivi wirkungslos sei, ist mit Recht von dem Appellations-Richter verworfen worden, da nach § 367. I. 9. des Allg. Landrechts die Erbschaft durch den Tod des Erblassers demjenigen anfällt, welchen Gesetze „oder rechtsgültige Willenserklärungen dazu berufen," insofern also zwischen Delation und Acquisition der Erbschaft nicht unterschieden wird. Damit steht der § 242. I. 12., nach welchem aus einem gültigen Testamente der eingesetzte Erbe nach dessen Publikation das Recht erwirbt, die

Digitized by Google

Erbschaft anzutreten und in Besitz zu nehmen, durchaus nicht in Widerspruch, so wenig, daß die §§ 367. ff. in der letzten Gesetzstelle sogar allegirt sind. Es versteht sich, daß Antretung und Besitznahme erst nach Publikation des Testaments erfolgen können: die Antretung geschieht aber nach der Theorie des Allg. Landrechts bekanntlich stillschweigend durch Ablauf der Fristen (§ 421. I. 9.), und hat sie, wie in vorliegendem Falle nicht bestritten ist, stattgefunden, dann folgt aus dem § 267, daß die bereits vor derselben, aber doch nach dem Tode des Erblassers getroffene Disposition des Erben über ein Nachlaßstück ihre volle rechtliche Wirkung haben muß. Der § 367. I. 9. und der § 242. I. 12. des Allgemeinen Landrechts sind mithin nicht verletzt worden, — der Plenarbeschluß vom 6. Januar 1851 (Entscheidungen Band 20. Seite 10.) betrifft eine andere Frage.

No. 56. — I. Senat. Sitzung v. 1. Februar 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Paderborn.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht daselbst.

Befugniß des Prozeßmandatars erster Instanz zur Vertretung der Partei in zweiter Instanz. — Vollmachtsblanket.

a. Die zwar nach Eröffnung des Erkenntnisses erster Instanz, jedoch noch vor Insinuation der Ausfertigung desselben einem bei dem Gerichte erster Instanz angestellten Rechtsanwalte von der Partei ertheilte Prozeß-Vollmacht, verbunden mit dem Antrage des ersteren, ihm die Urtheils-Ausfertigung zu insinuiren, reicht zur Legitimation dieses Anwalts als Vertreter der Partei in zweiter

Digitized by Google

Instanz bei dem am nämlichen Orte befindlichen Appellationsgerichte hin.

Verordnung vom 1. Juni 1833 §§ 37. 40. alinea 3. § 52. (Gesetz-Sammlung S. 37.); Instruktion vom 24. Juli 1833 § 42. alinea 5., § 43. alinea 4. (v. Kamptz, Jahrbücher Bd. 41. S. 454.); Verordnung vom 14. Dezember 1833 § 22. u. 5. Mai 1838 §§ 1. 5. (Gesetz-Sammlung für 1833 S. 302. und für 1838 S. 273.); Verordn. vom 1. August 1838 (v. Kamptz, Jahrb. Bd. 52. S. 188. ff.); Verordnung v. 24. August 1839 (Justiz-Ministerialbl. S. 302.); A. G. O. I. 25. § 28.

b. Der Mangel der in dem Prozeßvollmachts-Blanket fehlenden Bezeichnung des Namens des Bevollmächtigten ist für beseitigt zu erachten, wenn der Rechtsanwalt in der Eingabe, mit welcher er das Blanket dem Gerichte überreicht, sich als Bevollmächtigten dieser Partei, und das Blanket als Vollmacht bezeichnet.*

A. G. O. I. 3. §§ 30. 54.

Die Ehefrau des Lehrers H. war von dem B. bei dem Kreisgericht in Paderborn wegen ihm zugefügter Beleidigung verklagt und durch das Urtheil des Kommissars des gedachten Kreisgerichts vom 20. März 1854 verurtheilt worden. Der bei dem Kreisgerichte angestellte Rechtsanwalt Justizrath D. meldete hierauf unter Ueberreichung eines von dem Ehemann der Verklagten unterschriebenen Prozeß-Vollmachts-Blankets die Appellation an, beantragte zugleich, die Ausfertigung der für die Verklagte bestimmten Urtheils-Ausfertigung ihm insinuiren zu lassen, und reichte demnächst innerhalb der gesetzlichen Frist eine nur von ihm unterschriebene Appellations-Rechtfertigungsschrift ein. — Der Kriminalsenat des Appellationsgerichts in Paderborn erachtete hierauf das Rechtsmittel der Appellation

* Vergl. Präjudiz No. 570. (Plenarbeschluß) vom 12. November 1838, Präj.-Buch S. 231. und Entscheidungen Bd. 4. S. 256.; Archiv für Rechtsfälle Bd. 2. S. 209.; Rechtsfälle neueren Verfahrens Bd. 3. S. 133. 218.; Sommer, Westphälisches Archiv Bd. 13. S. 104.

Digitized by Google

für desert, weil der Justizrath D. bei dem dortigen Appellationsgerichte nur in den Sachen aufzutreten befugt sei, in welchen er bereits in erster Instanz bei dem Kreisgerichte die Partei vertreten habe, derselbe aber erst nach Publikation des ersten Erkenntnisses, mithin nach dem Schlusse der ersten Instanz, von dem Ehemanne der Verklagten mit der Führung des Prozesses beauftragt sei.

Auf die gegen diese Entscheidung mit Bezug auf Art. 3. No. 2. der Deklaration vom 6. April 1889 eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde hat das Ober-Tribunal das Appellationsurtheil vernichtet und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung in die zweite Instanz zurückgewiesen.

Gründe:

Abgesehen von der Frage:

ob in dem Falle, daß wirklich der Justizrath D. bei Vollziehung und Einreichung der fraglichen Appellations-Rechtfertigungsschrift die Grenzen der ihm gestatteten Prozeßpraxis überschritten hätte, die Ueberschreitung der Grenzen seiner Amtsbefugnisse den mit solcher Ueberschreitung von ihm vorgenommenen Akt zum Nachtheile der von ihm vertretenen Partei habe nichtig machen können,

hat der Appellations-Richter verkannt, daß der Lauf der gesetzlichen Frist zur Einlegung der Appellation erst von der Zustellung der Ausfertigung des ersten Erkenntnisses beginnt, — Verordnung vom 1. Juni 1833 §§ 37. 40. alinea 3., Instruktion v. 24. Juli 1833 § 42. alinea 5. u. § 43. alinea 4.; Verordnung vom 14. Dezember 1833 § 22.; Verordnung vom 5. Mai 1838 § 1. 5., — daß diese Zustellung einer Urtheilsausfertigung zu den (nur immer von dem Richter erster Instanz zu bewirkenden) Akten derjenigen Instanz, in welcher das Erkenntniß ergangen ist, gehört, und daß zwar die Appellations-Anmeldung zu den Akten der zweiten Instanz zu rechnen, jedoch bei dem ersten Richter zu bewirken ist.

Besteht nun auch rücksichtlich der Geschäfte der sogenannten

Digitized by Google

Prokuratur die Beschränkung noch, daß ein Rechtsanwalt sie nur bei den Gerichten zu betreiben befugt ist, bei welchen ihm die Prozeßpraxis überhaupt zusteht, oder doch in der Appellations-Instanz für die spezielle Sache deshalb zu gestatten ist, weil er schon in erster Instanz oder doch schon für die vor das Untergericht (Gericht erster Instanz) gehörenden Verhandlungen der zweiten Instanz (vergl. Minist.-Verf. vom 1. August 1838, Jahrbücher Bd. 52. S. 188–191. und vom 24. August 1839 J.-M.-Bl. S. 302.) Mandatar der betreffenden Partei war, und das Gericht erster und zweiter Instanz ihren Sitz an demselben Orte haben, oder er doch am Sitze des Gerichts zweiter Instanz wohnt (Allg. Ger.-Ordn. I. 25. § 28., Verordnung vom 1. Juni 1833 § 52.; vergl. Ministerial-Verfügung vom 22. April 1836, v. Kamptz Jahrb. Bd. 47. S. 558–560.), so hatte doch noch, bevor der Verklagten das Erkenntniß erster Instanz des Kommissars des Kreisgerichts zu Paderborn insinuirt war, was erst am 4. April 1854 geschah, der eben dort wohnende, bei dem dortigen Kreisgerichte angestellte Rechtsanwalt Justizrath D. in der am 27. März 1854 eingegangenen Eingabe dem Richter erster Instanz angezeigt, daß der Ehemann der Verklagten ihn mit der ferneren Führung der Sache beauftragt habe, auch, und zwar — wie der Appellationsrichter annimmt, — unter Einreichung einer dazu ihn ermächtigenden Vollmacht a) darauf angetragen, ihm das Erkenntniß insinuiren zu lassen, und b) die Appellation angemeldet. Danach hätte die damals noch nicht erfolgte Zustellung der Urtheilsausfertigung an den Justizrath D. als Vertreter der Verklagten geschehen können, — Verordnung vom 5. Mai 1838 § 4. litt. b. D. war mithin, — wenn auch von ihm gleichzeitig mit der Einreichung der Vollmacht und mit der Anbringung jenes Antrages noch vor der Insinuation der Urtheilsausfertigung, also vor dem Beginne des Laufs des Fatale, die Appellation angemeldet, diese Anmeldung also antizipirt wurde, — wirklich schon vor Beendigung der ersten Instanz zum Man-

Digitized by Google

datar des Ehemannes der Verklagten (welcher die letztere gegen die angestellte Injurienklage auf seine Kosten zu vertheidigen verpflichtet war) bestellt worden. Der Appellations-Richter mußte daher denselben, der an dem Sitze des Appellationsgerichts wohnt, auch in der zweiten Instanz als solchen nach den obigen Bestimmungen zulassen, und namentlich auch durch die von dem D. allein unterzeichnete Appellations-Rechtfertigungsschrift das Rechtsmittel für gewahrt erachten. Allerdings ergiebt sich nämlich zwar noch gegen die Annahme des Appellationsrichters, daß der erwähnten Eingabe des D. Vollmacht beigefügt gewesen sei, das Bedenken, daß, — was auch von dem Mandatar des Gegners wenigstens bei der mündlichen Verhandlung in der Nichtigkeits-Instanz ausdrücklich gerügt worden ist, die als Vollmacht bezeichnete Beilage jener Eingabe in einem nur mit der Namensunterschrift des Ehemannes der Verklagten versehenen gedruckten Vollmachts-Formular besteht, zu dem zwar nachträglich, mit Bezeichnung der Prozeßsache B. gegen H., der gesetzliche Stempel kassirt worden, welches aber im Uebrigen, namentlich auch hinsichts der Bezeichnung des Bevollmächtigten, also in Bezug auf ein wesentliches Erforderniß der Prozeßvollmacht (Allg. Ger.-Ordn. I. 3. §§ 30. 54.; Plenarbeschluß vom 12. November 1838.; Entscheid. Bd. 4. S. 256.) unausgefüllt geblieben ist. Indessen muß dieser Mangel dadurch für beseitigt angenommen werden, daß in der Eingabe, womit der Justizrath D. dieses Blanket, welches jederzeit auszufüllen er in den Stand gesetzt war, einreichte, derselbe sich als den mit der ferneren Führung der Sache von dem Ehemanne der Verklagten Beauftragten und die Beilage seiner Eingabe als Vollmacht bezeichnete.

Der Appellations-Richter hat daher, indem er allein aus dem Grunde, daß die Appellations-Rechtfertigungsschrift nur von dem D. unterzeichnet war, das Rechtsmittel für desert erachtet hat, ein rechtzeitig angebrachtes gesetzlich zulässiges Rechtsmittel mit Unrecht zurückgewiesen.

Digitized by Google

No. 57. – IV. Senat. Sitzung v. 1. Febr. 1855.

Revision.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Posen.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht daselbst.

Verpflichtung des Cessionars zur sofortigen Einklagung des Schuldners eines bei nicht prompter Zinsenzahlung fälligen Kapitals.

a. Wenn in einer nach gewissen Jahren zahlbaren hypothekarischen Obligation von der nicht prompten Zinsenzahlung die frühere Fälligkeit des Kapitals abhängig gemacht, demnächst aber die Obligation mit Gewährleistung cedirt worden ist, so muß der Cessionar bei Verlust seines Regresses beim Ausbleiben einer Zinszahlung sogleich zur Ausklagung des Kapitals schreiten.

b. Es ist nicht für ein den Regreß ausschließendes Versehen im Betriebe der Exekution zu erachten, wenn der Cessionar nur die Subhastation, nicht aber die Sequestration des verpfändeten Grundstücks nachgesucht hat.

A. L. R. I. 11. §§ 432. 434.

Der Vorwerksbesitzer L. hatte an den Kaufmann S. eine Hypothekenforderung von 1200 Rthlrn. mit Gewährleistung cedirt, welche am 7. Oktober 1847, falls aber die Zinsen nicht prompt gezahlt würden, auf Verlangen des Gläubigers sofort fällig sein sollte. Am 1. Januar 1847 blieben die Zinsen aus. S. klagte daher sofort im Mandatsprozesse auf Rückzahlung des Kapitals, seine Klage wurde indessen, weil sich der Fall nicht zur Mandatsklage eigne, durch Verfügung zurückgewiesen. Hierbei beruhigte er sich. Erst am vertragsmäßigen Zahlungstermin, dem 7. Oktober 1847, klagte er das Kapital ein, und extrahirte sodann die Subhastation, nicht aber die Sequestration des Grundstücks; bei der Subhastation fiel er gänzlich

Digitized by Google

aus. Nunmehr klagte er den Nominalbetrag der ihm cedirten Forderung nebst Zinsen und Kosten gegen seinen Cedenten L. ein, ohne sich darüber, wie viel er Valuta gegeben habe, in der Klage auszulassen. — Verklagter machte den Einwand, es müßten zuvörderst die persönlichen Schuldner der ausgefallenen Obligation, die v. C.'schen Eheleute, ausgeklagt werden, überdies habe Kläger, weil er das Kapital nicht sofort, als dasselbe durch Nichtzahlung der Zinsen fällig geworden, mittelst einer richtigen Klage ausgeklagt habe, seinen Regreß verloren. Eben dies sei aber auch die Folge davon, daß Kläger nicht die Sequestration nachgesucht habe.

In erster Instanz wurde Kläger zur Zeit abgewiesen, weil er erst die persönlichen Schuldner ausklagen müsse; in zweiter Instanz dagegen wurde Verklagter nach dem Klageantrage verurtheilt. Erst in der Revisions-Instanz machte er darauf aufmerksam, daß Kläger höchstens nur den Betrag der wirklich gezahlten Valuta zurückfordern dürfe, und verlangte, da Kläger in dieser Weise nicht geklagt habe, jedenfalls die Abweisung desselben in der angebrachten Art.

Das Ober-Tribunal hat unter Abänderung des Erkenntnisses zweiter Instanz den Verklagten verurtheilt, dem Kläger für den Ausfall der cedirten Forderung von 1200 Rthlrn. nebst Zinsen und Kosten Gewähr zu leisten, die Ermittelung der zu ersetzenden Summe aber einem Separatverfahren vorbehalten.

Gründe:

Die in erster Instanz ausgesprochene Abweisung des erhobenen Gewährleistungs-Anspruches an den Cedenten einer ausgefallenen hypothekarischen Forderuug zur Zeit gründet sich blos auf die Ansicht, daß die Feststellung der Unzulänglichkeit der Hypothek zur Begründung der Gewährleistungs-Forderung nicht genüge, vielmehr auch der Nachweis, daß das übrige Vermögen des Schuldners angegriffen und unzureichend gewesen sei, hinzutreten müsse. Es kann jedoch zur Ausführung des

Digitized by Google

Gegentheils im Allgemeinen nur auf die in den Entscheidungen Band 7. S. 173. abgedruckte Entscheidung verwiesen werden. Allerdings wird in der Cession einer hypothekarischen Darlehnsschuld auch das Recht, die persönliche Verbindlichkeit, wofür die Hypothek konstituirt worden, geltend zu machen, übertragen, eine Verbindlichkeit, welche zur Zeit der Cession im vorliegenden Falle eben auch dem Eigenthümer des zur Hypothek gestellten Grundstückes (Eheleute von C.) oblag, von denen dasselbe erst durch Vertrag v. 25. Januar 1848 an ihre Tochter übertragen, worauf für diese und deren Ehemann zufolge Verfügung vom 1. August 1848 — nach beantragter Subhastation — der Besitztitel berichtigt ist. Ungeachtet des Koincidirens der persönlichen Verbindlichkeit hat aber der § 427. I. 11. des Allg. Landrechts die im Hypothekenbuche eingetragenen Forderungen von der bei persönlichen Forderungen sonst eintretenden Regel, daß der Cedent auch die Sicherheit (§ 430.) zu vertreten hat, ausgenommen: die Sicherheit wird nur vertreten, wenn dies ausdrücklich versprochen ist. Wie nun in der ganzen Vorschrift die Qualität des Aktivi, als einer hypothekarischen, hervortritt, so kann auch bei der versprochenen Gewährleistung eben nur dieſe Qualität in Betracht gezogen werden: auf sie bezieht sich die Gewähr, das Ausreichen der Hypothek ist dadurch garantirt. Daher muß der Fall des Gewährleistens eintreten, wenn das Nichtzureichen der Hypothek konstatirt ist. In dieser Instanz erst hat Revident den an sich nach § 440. a. a. O. richtigen Gesichtspunkt geltend gemacht, daß die Gewährleistung sich auf den Betrag der Valuta beschränke, wobei er leugnet, daß volle Valuta gegeben worden. Der Kläger stellt nun zwar in der Klage die Behauptung, es sei volle Valuta bezahlt, nicht auf, doch führt das nicht zur Abweisung der Klage angebrachtermaaßen, sofern im Uebrigen die Gewährleistung begründet ist. Denn, daß überhaupt Valuta bezahlt ist, geht aus der Cession hervor und wird auch nicht bestritten: bei dem gänzlichen Ausfall der cedirten Forderung wäre also auf

Digitized by Google

jeden Fall die Pflicht zur Entschädigung fundirt, und kann die Feststellung des Quanti einem Separatverfahren überlassen werden, sofern der Anspruch selbst begründet befunden wird.

Auch der weitere Einwand, daß die Forderung nicht zeitig nach der Fälligkeit eingeklagt worden, ist unbegründet. Allerdings liegt nach § 434. a. a. O. dem Cessionar die Beitreibung der Forderung sofort nach Verfallzeit ob, und es ist dem zweiten Richter darin nicht beizutreten, daß es nur auf die im Dokumente bestimmte regelmäßige Verfallzeit von zwei Jahren, die am 7. Oktober 1847 eintrat, ankomme, da mit nicht geringerer Bestimmtheit das Dokument das Kapital sofort für fällig erklärt, wenn der Schuldner in Berichtigung der Zinsen säumig bleibe, ein Fall, der schon am 1. Januar 1847 eintrat. Allein Kläger hat auch schon im Februar 1847 die Mandatsklage auf das Kapital angestellt. Daß er diese schleunige Prozeßart gewählt, darüber kann ihm, vollends wenn er sich, wie wahrscheinlich, eines Mandatars bediente, ein Vorwurf nicht gemacht werden. Die geschehene Zurückweisung der Klage mittelst Verfügung genügt nicht, um es als ein Versehen erscheinen zu lassen, daß der Versuch zu diesem in thesi zulässigen und in Betreff der Schnelligkeit nicht blos, sondern auch in Betreff der beschränkten Vertheidigung des Verklagten für den Kläger so günstigen Prozeßwege gemacht worden ist. Nachdem aber erst im Mai 1847 die Abweisung erfolgte, erscheint es nicht als ein unzweckmäßiges Verfahren, daß Kläger nun nicht auf Grund jener Nichtzahlung der Zinsen die Klage im ordentlichen Prozesse auf das Kapital anstellte, sondern die wenige Monate später (7. Oktober) eintretende regelmäßige, keiner Kontestation fähige Fälligkeit abwartete, um die günstigere Mandatsklage anstellen zu können. Ein Versehen, das den Regreß ausschlösse, kann hierin nicht gefunden werden. Ebensowenig liegt ein solches in dem unterlassenen Antrage auf Sequestration neben der Subhastation. Die Subhastation ist der am weitesten reichende Antrag, um die Exekution in ein Im-

Digitized by Google

mobile zu bewirken: sie führt, wenn von einem Hause in der Stadt die Rede ist, auch der Regel nach so rasch zum Ziele, daß die Einleitung der Sequestration gleichzeitig mit derselben im Allgemeinen nicht gewöhnlich ist, und für einen spät lozirten Gläubiger, der veranlaßten Mehrkosten wegen, nicht einmal in allen Fällen rathsam erscheinen möchte. Der zweite Richter fordert daher, sofern aus dieser Unterlassung dem Kläger ein Vorwurf gemacht werden soll, mit Recht den Erweis vom Verklagten, daß die Sequestration einen Erfolg gehabt haben würde, umsomehr, da die wirklich eingetretene Verzögerung des Subhastationsverfahrens von dem Kläger nicht vorausgesetzt werden konnte. Der Richter hat aber mit Rücksicht auf das Zeugniß des Oekonomie-Kommissarius W., der den Eingang der Solleinnahme in Miethen aus dem fraglichen Hause problematisch darstellt, ferner mit Rücksicht auf die Abgaben und Reparaturkosten, sowie die Administrationskosten, dargelegt, daß der Erweis nicht erbracht worden ist, worauf hier verwiesen werden kann.

Hierdurch rechtfertigt sich die ergangene Entscheidung.

Der in der Uebersicht des vorstehenden Rechtsfalls unter a. ausgeworfene Rechtssatz ist bereits früher in Sachen N. wider S. durch das Urtheil vom 4. Juni 1850 (No. 667. 1850) vom vierten Senate des Königlichen Ober-Tribunals angenommen, damals indessen noch etwas Anders, als in dem vorstehend mitgetheilten Falle, motivirt worden. Bei der praktischen Wichtigkeit dieses, im Verkehr äußerst häufig vorkommenden Falles kommen wir daher auch auf die Gründe des damaligen Urtheils zurück, machen indessen zuvor darauf aufmerksam, daß die von dem Ober-Tribunal aufgestellte Ansicht in der That großem Bedenken unterliegt.

Wenn sich nämlich Jemand eine nach mehreren Jahren erst kündbare, im Falle nicht prompter Zinszahlung aber auf

Digitized by Google

Verlangen des Gläubigers auch schon früher fällige hypothekarische Obligation mit Gewährleistung cediren läßt, so ist es eben sehr zweifelhaft, ob der Cessionar, falls die Zinsen nicht prompt gezahlt werden, seinem Cedenten gegenüber die Pflicht habe, von der clausula cassatoria Gebrauch zu machen und sofort das Kapital auszuklagen, vielmehr läßt es sich auch vertheidigen, daß der Cessionar eben so sehr ein kontraktliches Recht darauf habe, die ganze Zeit, bis zu welcher das Kapital vertragsmäßig zahlbar werden sollte, die Zinsen desselben zu genießen! Eben weil ihm für einen längeren Zeitraum eine zinstragende Forderung cedirt, beziehungsweise gewährleistet worden ist, so bildet das Recht, während dieser Zeit die stipulirten Zinsen zu genießen, mit einen Theil des ihm gewährleisteten Rechts, welches ihm nicht dadurch verkümmert werden kann, daß ihm obligationsmäßig durch die mora des Schuldners auch noch ein zweites Recht, nämlich vor der Verfallzeit zu kündigen, eröffnet wird. Er hat alsdann eben ein doppeltes Recht, einmal, das Recht für die ganze ihm gewährleistete Zeit das Kapital zinsbar stehen zu lassen, und zweitens auch das Recht, es vorher zu kündigen; würde er nun für verpflichtet erachtet, von diesem zweiten Recht sofort, als dasselbe für ihn auftaucht, zum Schaden seines ersten Rechts Gebrauch zu machen, so würde ihm eben dies erste Recht kontraktswidrig geraubt, und die ihm für ein Kapital und langjährige Zinsen versprochene Gewährleistung auf das Kapital und der Zeit nach geringere Zinsen herabgesetzt.

Das Ober-Tribunal indessen hat, wie bereits erwähnt, nach der entgegengesetzten Richtung hin entschieden, und zwar, im Gegensatz wider die so eben wiedergegebene Ausführung, in dem citirten Erkenntnisse vom 4. Juni 1850 aus folgenden

Gründen:

Grundsätzlich wird der Gewährsanspruch des Cessionars an den Cedenten durch des ersteren selbst nur geringes Versehen

Digitized by Google

ausgeschlossen, § 432. I. 11. des Allg. Landrechts. Was für ein solches Versehen zu erachten, ist nur im Verhältnisse des Cessionars zum Cedenten bezüglich der cedirten Post zu beurtheilen. Im vorliegenden Falle wurde die Kapitals-Forderung stipulirter Maaßen erst am 1. April 1850 kündbar; bei nicht richtiger Zinszahlung jedoch sollte sie schon vor diesem Zeitpunkte kündbar sein, und unterliegt es keinem Bedenken, daß die Stipulation: „richtige Zinszahlung“ gleichbedeutend mit „prompte Zinszahlung“ ist. Zu der dem Cessionar seinem Cedenten gegenüber obliegenden besondern Diligenz gehörte es, über die prompte Erfüllung der Vertrags-Stipulation seitens des Schuldners zu wachen, und die Kündbarkeit, soweit diese von jener Erfüllung abhing, zu fixiren und herbeizuführen; nur in dieser Voraussetzung kann für den Cedenten ein Grund gefunden werden, auf eine unbestimmte oder längere Zeit hinaus für die Gewähr verhaftet sein zu wollen. Werden bei Forderungen der vorliegenden Art die Zinsen nicht prompt, sondern mehr oder weniger später nach dem Fälligkeitstage von dem Schuldner abgeführt, so tritt für den Cessionar seinem Cedenten gegenüber der Fall dieser besondern Diligenz ein; die Forderung wird bezüglich seines Verhältnisses zum Cedenten kündbar; ob er die Zinsen dem Schuldner stundet oder nachläßt, ist für den Cedenten, wenn er die Kündbarkeit des Kapitals nicht durch seine Genehmigung suspendirt, gleichgültig; zur Sicherung des Rückgriffes an den für die Gewähr verhafteten Cedenten muß der Cessionar nunmehr in Gemäßheit des § 435. a. a. O. kündigen; unterläßt er dieses, so macht er sich eines solchen Versehens schuldig.

Digitized by Google

No. 58. — I. Senat. Sitzung vom 2. Febr. 1855.

Revision.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Dramburg.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Cöslin.

Böswillige Verlassung des einen und Verletzung der ehelichen Treue des andern Ehegatten.

a. Der Umstand, daß die Frau den Mann böslich verlassen hat, ist kein Grund, weshalb wegen späterer ehelicher Untreue des Mannes ihrerseits die Scheidungsklage nicht stattfände.

b. Auch die Gleichheit der Verschuldung in diesem Falle kann der verklagte Ehemann in der Revisions-Instanz nicht mehr geltend machen, wenn in den ersten Instanzen aus der böslichen Verlassung kein Antrag oder Einwand hergeleitet war.

A. L. R. II. 1. § 719.; A. G. O. I. 19. § 1., vergl. 14. §§ 11. 12.

Nachdem an die verehelichte Bäckermeister S., welche sich eigenmächtig von ihrem Manne entfernt hatte, auf Antrag des letzteren ein richterlicher Befehl zu ihrer Rückkehr vergeblich erlassen worden war, klagte sie wegen Verletzung der ehelichen Treue, welche ihr Ehemann sich hierauf habe zu Schulden kommen lassen, auf Trennung der Ehe und erstritt in beiden Instanzen ein günstiges, den Verklagten für den allein schuldigen Theil erachtendes Erkenntniß. Bei der hiergegen eingelegten Revision suchte der Verklagte auszuführen, daß Klägerin ihrer böslichen Veranlassung wegen aus dem ihm angeschuldigten Vergehen als aus einem, von ihr selbst hervorgerufenen Klagegrunde keinen Gebrauch machen könne, eventuell aber Gleichheit der Verschuldung vorhanden sei.

Das Ober-Tribunal hat das Appellations-Urtheil bestätigt —

Digitized by Google

in Erwägung:

daß zunächst das von dem Revidenten hervorgehobene faktische Moment, die Zurückweisung der Zärtlichkeiten der M., keinen Grund abgiebt, der von dem Appellations-Richter ausgesprochenen Ueberzeugung von der Richtigkeit des Ehescheidungsgrundes der ehelichen Untreue entgegenzutreten (vergl. Präj. No. 1875, Präj.-Samml. S. 433.), da die von den K.schen Eheleuten bekundeten Aeußerungen des Verklagten gegen die M.: „sie solle Das (d. h. das Küssen) sein lassen, er habe ja noch eine Frau," ganz unerheblich sind, weil Verklagter sich einfach dem Verkehr mit der M. hätte entziehen können und sollen (mit welcher er übrigens, ohne daß ein unverfänglicher Grund dafür angegeben wäre, in der K.schen Wohnung öfter zusammengetroffen sein muß, zu der die in den Zeugenaussagen erwähnten Lokalitäten gehören);

daß die bösliche Verlassung, welche bisher nur beiläufig vorgekommen ist, ohne daß daran ein bestimmter Antrag oder Einwand geknüpft wäre, und woraus in dieser Instanz der Verklagte eine Gleichheit der Verschuldung nach § 748. II. 1. des Allg. Landrechts eventuell herleiten will, in der Weise, wie sie vorgebracht worden und freilich auch unbestritten geblieben — daß nämlich Klägerin das Haus ihres Mannes verlassen und vergeblich richterlicher Befehl zur Rückkehr an dieselbe ergangen — zu unbestimmt und unsubstanziirt vorgetragen ist, als daß sich danach materiell der Ehescheidungsgrund aus den §§ 677. ff. a. a. O. für begründet erachten und der Klägerin zur Last legen ließe, davon aber, daß Klägerin durch ihr Verlassen des Verklagten demselben zu der begangenen Verletzung der Treue im Sinne des § 719. a. a. O. Anlaß gegeben habe, unter keinen Umständen die Rede sein kann;

daß endlich in Betreff der Beschwerde des Verklagten über die in zweiter Instanz ohne Appellation der Klägerin seiner Wiederverheirathung bereitete Schwierigkeit schon nach den Präjudizien No. 856. und No. 1306. (Präj.-Samml. S. 156.

Digitized by Google

und 137.) feststeht, daß das Eheverbot aus § 25. a. a. O., worauf die ausgesprochene Beschränkung hinausgeht, von Amtswegen nachzuholen ist, wenn es in früherer Instanz übersehen worden, und das Appellations-Urtheil sich auch bei diesem Punkte in Uebereinstimmung mit richtigen Rechtsgrundsätzen befindet.

No. 59. — IV. Senat. Sitzung v. 6. Februar 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Hirschberg.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Breslau.

Nicht eingetragene Reallast in Schlesien. — Vorrecht der zweiten Klasse.

Beständige Lasten, durch einzelne Verträge auf ein Grundstück gelegt, haben, wenn nicht eingetragen, auch in Schlesien nicht das Vorrecht der zweiten Klasse.*

A. G. O. I. **50.** §§ 357. 358. 430., **51.** § 12.; Allg. Hypotheken-Ordnung I. § 49.; A. L. R. II. **7.** § 493., **11.** §§ 228. 232.; Schlesische Hypotheken-Ordnung v. 4. August 1750 §§ 21. 23. (Korn'sche Edikten-Sammlung Bd. 5. S. 348.)

Auf einer Mühle zu Boberröhrsdorf in Schlesien lastete für die Gutsherrschaft aus dem Vertrage vom Jahre 1713 eine nicht eingetragene Rente als Reallast. Die Mühle wurde subhastirt, und die Gutsherrschaft, Graf S., machte für rückständige Renten gegen die verehelichte Müllermeister R., als Hypotheken-Gläubigerin, das Vorrecht der zweiten Klasse geltend. — Beide Vorrichter wiesen die Klägerin ab. Der zweite Richter erwog:

Auf Grund des § 493. II. 7. des Allgem. Landrechts resp. 357. I. 50. der Allgem. Gerichts-Ordnung könne Appellant das Vorzugsrecht der zweiten Klasse nicht beanspruchen. Der

* Vergl. Archiv für Rechtsfälle Bd. 14. S. 296 ff.

Digitized by Google

§ 493. verweise ausdrücklich auf die Konkursordnung. Letztere bestimme aber in den §§ 357. und 358., daß nur die onera publica et communia in die zweite Klasse gehörten, hingegen solche Abgaben, die aus Kontrakten, Erbrezessen ꝛc. entstanden, in der fünften Klasse anzusetzen seien. Die von dem Appellanten beanspruchte Abgabe sei aus dem Kaufvertrage von 1713 entstanden, gehöre also in die fünfte Klasse. Andererseits beziehe sich die Bestimmung des § 493. II. 7. des Allgem. Landrechts nur auf solche Zinsen und Abgaben nach Hofrecht, wozu die Mühlenausthuung nicht gerechnet werden könne.

Das Ober-Tribunal hat die gegen das Appellations-Urtheil eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde verworfen.

Gründe:

Implorant fordert eine, nach seiner eigenen Angabe bei einem Verkaufe der Mühle von Seiten der Gutsherrschaft im Jahre 1713 auf dieselbe gelegte, im Hypothekenbuche nicht eingetragene, Prästation, beziehungsweise die dafür interimistisch regulirte Rente.

Vorweg kann nun die Abgabe nicht als eine gutsherrliche, wie sie der Implorant durchweg bezeichnet, in einer anderen Beziehung, als daß sie subjektiv-dinglich ist, und die Berechtigung dazu bei dem Dominio beruhet, angesehen werden: es erhellet kein Moment, welches der Gutsherrlichkeit eine besondere Bedeutung in Bezug auf die Qualität der Abgabe beizulegen geeignet wäre. Eine verfassungsmäßige im Sinne des § 357. I. 50. der Allgem. Gerichts-Ordnung und § 48. I. der Hypotheken-Ordnung ist sie eben so wenig, denn selbst wenn alle übrigen Mühlen des Kreises oder der Provinz in ähnlicher Art belastet sein sollten, so würde sich doch in der Belastung der anderen Mühlen durch ähnliche Verträge nur eine zufällige Uebereinstimmung finden, und aus der behaupteten Notorietät dieser thatsächlichen Gleichheit immer keine Regel und kein allgemeiner Grundsatz sich ersehen lassen, nach welchem — wie es

Digitized by Google

in § 48. I. der Hypotheken-Ordnung und § 358. I. 50. der Allgem. Gerichts-Ordnung heißt — ein Käufer der Bobermühle, oder wem sonst daran gelegen, hätte wissen und annehmen können, daß Lasten der fraglichen Art auf der Mühle hafteten, und daher ein solcher Interessent sich danach besonders zu erkundigen verpflichtet gewesen wäre.

Die Abgabe gehört zu den beständigen Lasten, welche — wie § 49. I. der Hypotheken-Ordnung wörtlich sagt — auf ein Grundstück durch einzelne Verträge, oder sonst vermöge eines speziellen Titels gelegt sind. Solche Prästanda eignen sich nach der allegirten Vorschrift zur Eintragung in das Hypothekenbuch. Sie bedürfen aber auch der Eintragung und haben, falls solche nicht geschehen ist, nur einen Platz in der fünften Klasse.

Die §§ 357. 358. I. 50. der Allgem. Gerichts-Ordnung und der § 430. daselbst enthalten den bestimmten Grundsatz:

daß jährliche Prästationen eines Grundstückes ex titulo speciali, denen nicht durch Eintragung ein vorzüglicheres Recht verschafft worden, nur mit einem zu ihrer Berichtigung nöthigen Kapitale in der fünften Klasse angesetzt werden können,

und davon findet sich unter den Vorschriften von Kirchen-Abgaben in den §§ 228. 232. II. 11. des Allg. Landrechts eine spezielle bestätigende Anwendung.

Der § 493. II. 7. des Allgemeinen Landrechts gewährt der Herrschaft bei einem über das Vermögen des Schuldners entstehenden Konkurse wegen rückständig gebliebener Zinsen und Abgaben das Vorrecht der zweiten Klasse nach näherer Bestimmung der Konkurs-Ordnung. Dies Gesetz greift hier nicht Platz, weil einmal der Charakter der Abgabe als einer herrschaftlichen nicht dargethan und festgestellt ist, und zweitens immer die Vorschriften der Konkurs-Ordnung, die der § 493. a. a. O. ausdrücklich anzieht, bei der weiteren Ausführung des darin ausgesprochenen Grundsatzes maaßgebend bleiben müssen. Ob, was speziell angefochten ist, der Appellations-Richter mit Unrecht den § 493. a. a. O. auf die Abgaben „nach Hofe-

Digitized by Google

recht" beschränkt hat, ist nicht erheblich. Der titulus specialis liegt vor. Die Allgemeine Gerichts-Ordnung unterscheidet nun aber eben zwischen Abgaben aus einem besonderen Titel und, um die verschiedenen Wendungen der §§ 357. 358. I. 50. hier zu wiederholen:

beständig fortlaufenden Lasten und Pflichten, welche nach den Verfassungen eines jeden Orts oder Kreises oder einer Provinz — an Gutsherrschaften — zu entrichten sind,

solchen Lasten, welche einer gewissen Klasse von Grundstücken in einem Orte oder Kreise oder in einer Provinz dergestalt gemein sind, daß sie in der Regel auf allen zu dieser Klasse gehörenden Grundstücken haften,

Abgaben, welche aus der Natur und Eigenschaft des Grundstücks von selbst zu vermuthen,

welche Sätze einander gegenseitig zur Erläuterung dienen.

Es mag nun immer denkbar bleiben, daß eine ursprünglich in titulo speciali beruhende Abgabe in ein onus publicum sive commune von der angegebenen Bedeutung übergehe; das wäre aber speziell zu begründen und festzustellen gewesen.

Das Vorstehende ergiebt, daß die §§ 357. 358. 430. I. 50. der Allgem. Gerichts-Ordnung nicht verletzt sind, eben so wenig der § 493. II. 7. des Allgem. Landrechts und die §§ 48. 49. I. der Hypotheken-Ordnung.

Was die Berufung auf die Schlesische Hypotheken-Ordnung vom 4. August 1750 betrifft, so weicht dies Gesetz von der Allgemeinen Hypotheken-Ordnung gar nicht wesentlich ab. Denn es sollen nach § 23. zwar

die allgemeinen Lasten und Pflichten, welche gemeiniglich auf denen — Gütern zu haften pflegen, als — praestationes derer Bauergüter an ihre Obrigkeit, — einmalen in dem Hypotheken-Buche specifice notirt und demselben eingetragen werden,

dagegen nach § 21.:

alle onera realia, welche auf unbeweglichen Gütern haften,

Digitized by Google

als — annui reditus oder unabläßliche Zinsen, Renten oder Einkünfte, welche aus Verträgen oder Stiftungen herrühren — in das Grund- und Hypotheken-Buch specifice und ex officio notiret werden, widrigenfalls der Käufer, wenn dergleichen nicht in Anschlag gebracht oder im Kaufkontrakte nicht exprimirt werden, und edictales, welche auch hierauf zu richten, ergangen, von Leistung solcher Abgaben befreit sein soll.

Nimmt man aber auch an, daß diese Vorschriften den behaupteten Vorrang des Provokanten vor den eingetragenen Hypotheken-Gläubigern gestatten (worauf auch die Erwähnung von Ediktalien hindeutet, wie denn überhaupt der Gegenstand nicht aus den allegirten Paragraphen allein, sondern nur aus dem Zusammenhange des ganzen Gesetzes und dessen Verbindung mit den damaligen materiellen Vorschriften über Pfand- und Vorzugsrechte erschöpfend beurtheilt werden könnte), so kann doch soviel nicht in Zweifel gezogen werden, daß die provinzielle Schlesische Hypotheken-Ordnung, wenn auch immer nicht mit ausdrücklichen Worten, durch die Allgemeine Hypotheken-Ordnung von 1783, namentlich nach dem Zusammenhange der Einleitung, vollständig aufgehoben ist. Damit erledigt sich der Angriff wegen Verletzung der §§ 21. 23. der allegirten Schlesischen Hypotheken-Ordnung hinlänglich.

No. 60. — II. Senat. Sitzung vom 6. Febr. 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Münster.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht daselbst.

Rechte des Grundnachbars hinsichtlich der von des Nachbars Bäumen herüberhangenden Zweige und herüberfallenden Früchte.

a. Nach dem Gemeinen Rechte ist derjenige, in dessen Grundstück die Zweige von den Bäumen des Nachbars

Digitized by Google

herüberhangen, berechtigt, dieselben abzuhauen und sich zuzueignen. Es steht ihm auch alsdann, wenn er von dieser Befugniß keinen Gebrauch macht, die Befugniß, die überhangenden und überfallenden Früchte sich zuzueignen, nicht aber das Recht zu, den Nachbar zu zwingen, den Ueberhang selbst wegzunehmen, weil derselbe als in seiner Gewere befindlich sein Eigenthum geworden war.

(Lex l. §§ 7. 8. Dig. de arb. caed. 43. 27.; Cod. civil art. 672.; Landrecht des Sachsen-Spiegels Band 2. Artikel 52.; Weichbild Art. 125. 126.

b. Nach dem Allgem. Landrecht ist der Eigenthümer eines Baumes, dessen Aeste in die Luftschicht des angrenzenden Grundstücks hineinragen, zwar berechtigt, die Aeste (auf seinem eigenen Grund und Boden) wegzuhauen, es liegt ihm aber eine Verpflichtung dazu gegen den Nachbar nicht ob, doch steht dem letzteren das Recht zu, sie abzuhauen, mit der Verbindlichkeit, das Holz dem Eigenthümer des Baumes auszuliefern.*

A. L. R. I. 9. §§ 287. 288. 291. 295.

Von der Buchenwaldung des Freiherrn v. T. ragten an mehreren Stellen die Zweige der Bäume über die Grenze hinaus in die Grundstücke der Wittwe S. hinein. Die letztere klagte deshalb gegen den v. T. auf Wegschaffung dieser Zweige, insoweit sie auf ihren Grundstücken herüber hingen. — Der Richter erster Instanz verurtheilte den Verklagten dem Klageantrage gemäß. Der Appellations-Richter bestätigte das Urtheil.

Das Ober-Tribunal hat auf die von dem Verklagten erhobene Nichtigkeitsbeschwerde das Appellations-Urtheil vernichtet

* Vergl. Juristische Monatsschrift, Jahrgang 1. S. 54. ff. und S. 348. ff.

Digitized by Google

und unter Abänderung des ersten Urtheils die Klägerin abgewiesen.

Gründe:

Nach Römischem Rechte konnte der Besitzer eines Grundstücks (praed. rustici), in dessen Luftsäule die Baum- oder Rebenzweige des Nachbars hineinragten, durch das Interdictum de arboribus caedendis ein Mandat des Prätors erlangen, dahin gehend, daß der letztere entweder die überhangenden Zweige seiner Bäume selbst wegnehme, oder, wenn er dieser Verpflichtung nicht nachkomme, ersterem gestattet sei, dieselben bis 15 Fuß von der Erde abzuhauen und sich das Holz zuzueignen, — Lex 1. §§ 7. und 8. Dig. de arborib. caed. 43. 27. Ueber die Auslegung dieses Edikts herrschte, wie Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. 2. § 462., mit Bezugnahme auf eine Reihe von Schriftstellern bezeugt, eine große Meinungs-Verschiedenheit. Die obwaltenden Zweifel werden auch durch den vielfach kommentirten § 13. in Pauli sentent. recept.:

> conveniendus est, ut eam sublucet. Quod si dominus id facere noluerit, a vicino luxuries ramorum compescatur.

bezüglich der unter den Parteien streitigen Frage, ob nämlich dem Besitzer des durch das Ueberhangen der Bäume des Nachbars leidenden Grundstücks nach Römischem Rechte das Recht zugestanden, von letzterem unbedingt zu fordern, daß er den Ueberhang seiner Bäume selbst wegnehme, — oder ob dem ersteren ein solch unbedingtes Recht nicht beigelegt, sondern nur gestattet sei, (si noluerit) die Ueberhänge selbst abzuhauen, wenn sich der Eigenthümer der Bäume zu deren Wegnahme nicht verstehen will, nicht gehoben. Denn es kann auch diese Stelle auf eine Weise gedeutet werden, welche nur das letztgedachte alternative, dem Verklagten die Wahl freilassende Klagepetitum gewährt.

Digitized by Google

Das neuere Französische Recht nahm die entgegenstehende Meinung an und verordnete im Artikel 672. des Code civil:

Celui, sur la propriété duquel avancent les branches des arbres du voisin, peut contraindre celui-ci à couper ces branches.

Das Deutsche Recht, von dem Begriffe der Gewere ausgehend, bedurfte zu einer Sicherung des Eigenthums der juristischen Eventualitäten des Römischen Rechts nicht. Der rechtmäßige Inhaber des Grundstücks konnte Alles sein nennen, was in dessen Bereich fiel (Albrecht, die Gewere als Grundlage des alten deutschen Sachsenrechts S. 19.). Daher gehörten demselben die in dasselbe aus einem anderen hinüberhängenden Früchte und Zweige ohne Einschränkung (Landrecht des Sachsenspiegels Bd. 2. Art. 52.; Grimm, Deutsche Rechtsalterthümer S. 70. und 500., auch Weichbild Art. 125. und 126.; Runde, Deutsches Privatrecht § 276.).

Auch bezeugt sowohl Runde, Deutsches Privatrecht a. a. O., als auch Hellfeld, jurisprud. forens. § 1875., die hiernach begründete Praxis des Gemeinen Rechts, letzterer mit den Worten:

Vicino ramos in suum impendentes fundum etiam sine interdicto succidere semper liberum est.

Gemeinrechtlich hatte sich daher der Rechtssatz Geltung verschafft:

Derjenige, in dessen Grundstück die Zweige von den Bäumen des Nachbars herüberhangen, ist berechtigt, dieselben abzuhauen und sich zuzueignen. Es steht ihm auch alsdann, wenn er von dieser Berechtigung keinen Gebrauch macht, die Befugniß zu, die überhangenden und überfallenden Früchte sich zuzueignen, nicht aber das Recht, den Nachbar zu zwingen, den Ueberhang selbst wegzunehmen, weil derselbe als in seiner Gewere befindlich sein Eigenthum geworden war.

Es hatten sich zwar, wie die angeführten Schriftsteller bekunden, auch von dieser Auffassung abweichende Meinungen

Digitized by Google

gebildet, allein es gebührt den vorstehend aufgestellten Rechtssätzen, als aus dem Grundprinzip des Deutschen Eigenthums hervorgehend, der Vorzug.

Das Allg. Landrecht hat nun in den §§ 287. ff. I. 9. die Rechte des Grundbesitzers gegen den Nachbar, dessen Baumzweige auf sein Grundstück überhangen, oder von dessen Früchten dahin überfallen, im Wesentlichen nach dem obigen Rechtssatze festgestellt und ist nur in einem Punkte (§ 288.) davon abgewichen. Im § 287. wird zwar der Grundsatz ausgesprochen, daß Niemand verpflichtet sei, die über seine Grenzen herüberhangenden Zweige eines fremden Baumes zu dulden; aber es erfolgen demnächst spezielle Vorschriften für alle Fälle, sowohl der Nicht-Duldung, als auch der Duldung. Für den ersten Fall wird die Befugniß anerkannt, die überhangenden Zweige wegzuhauen (§ 288), aber auch der Eigenthümer des Baumes im § 291. für befugt, nicht für verpflichtet erklärt, dieselben von seinem Grund und Boden aus, also insoweit sie von diesem Standpunkte aus erreichbar, wegzuhauen. Es legt ferner der § 295. nur in einem ganz speziell hervorgehobenen Falle dem Eigenthümer des Baumes die Verbindlichkeit zu einem positiven Handeln auf, nämlich alsdann:

> Wenn ein Baum durch die Gewalt des Windes über die Grenze getrieben, denselben auf Verlangen des Nachbars ohne Zeitverlust von dem Grunde desselben wegzuschaffen,

und es verpflichtet ihn der § 296. nur zur Vergütung des Schadens, nicht dessen, welcher durch das Liegenbleiben desselben, sondern nur dessen, welcher beim Wegschaffen des Baumes auf dem Grunde des Nachbars angerichtet worden.

Aber selbst an die Nichterfüllung der ihm im § 295. auferlegten Verbindlichkeit knüpft das Gesetz nicht das Recht des Nachbars, deren Erfüllung durch eine Klage von dem Eigenthümer des Baumes zu erzwingen, sondern nur den Verlust seines Rechts. (§§ 293. und 294.)

Digitized by Google

Erwägt man diesen ganz speziellen Bestimmungen gegenüber, daß dieselben dem Nachbar mit keiner auch nur andeutenden Vorschrift die Befugniß beilegen, von dem Eigenthümer des Baumes das Weghauen der überhangenden Zweige zu verlangen, daß sie dem letzteren zwar die Befugniß zusprechen, die von seinem Grunde aus erreichbaren Zweige wegzunehmen, von einer Verbindlichkeit desselben, namentlich in den Fällen, in denen das Weghauen nur von dem Grunde des Nachbars aus stattfinden kann, so wenig als von einer Vergütung für das von dem Nachbar selbst bewirkte Weghauen der Zweige Erwähnung thun, daß sie sogar für diesen Fall demselben die unbedingte Verpflichtung auflegen, das Holz dem Eigenthümer des Baumes auszuliefern (§ 288.), — eine Verpflichtung, welche mit der Voraussetzung, daß dem letzteren die Verbindlichkeit zur Wegnahme der Zweige obgelegen, gesetzlich unvereinbar sein würde, — (§ 536. ff. I. 20. des Allg. Landrechts), daß endlich die Rechte des Nachbars auf die §§ 287. ff. in Bezug auf den Gegenstand des Streites eine, im Wesentlichen den Grundsätzen des Gemeinen Rechts über die aus dem Grundeigenthum fließenden Befugnisse und Verpflichtungen, entsprechende erschöpfende Bestimmung und Begrenzung erhalten haben, daß es mithin über diese Begrenzung hinaus nicht gestattet ist, aus dem diese Materie einleitenden § 287. Folgerungen zu ziehen, welche mit der aus den folgenden Paragraphen hervorgehenden, vorstehend dargelegten Absicht des Gesetzgebers im Widerspruch stehen, — so muß die Beschwerde des Imploranten, daß der Appellations-Richter, welcher denselben verurtheilt hat, die Baumzweige seiner Buchenwaldung, welche über die Grundstücke der Klägerin hinüberhangen, wegzuschaffen, die §§ 287. 288. 291. und 295. I. 9. des Allg. Landrechts und den Rechtsgrundsatz verletzt habe:

Der Eigenthümer eines Baumes, dessen Aeste in die Luftschicht des angrenzenden Grundstücks hineinragen, ist zwar berechtigt, die Aeste (auf seinem eigenen Grund und Boden)

Digitized by Google

wegzuhauen; es liegt ihm aber eine Verpflichtung dazu gegen den Nachbar nicht ob, doch steht dem letzteren das Recht zu, sie abzuhauen — mit der Verbindlichkeit, das Holz dem Eigenthümer des Baumes auszuliefern, —

für begründet erkannt werden.

Denn die Anwendung der vom Appellations-Richter in Bezug genommenen allgemeinen Rechtsregel, daß Jeder befugt sei, ein ihm zustehendes Recht klagend geltend zu machen, und daß jeder Eigenthümer berechtigt sei, die Wegräumung fremder, in sein Eigenthum eingreifender Gegenstände zu verlangen, wird durch die für dieses Rechtsverhältniß nachgewiesene spezielle gesetzliche Festsetzung des Umfangs und der Grenzen des Rechts des Nachbars ausgeschlossen.

Da die in den Gründen, welche die Erheblichkeit der Nichtigkeitsbeschwerde darlegen, genügsam präzisirte Rechtsfrage den alleinigen Gegenstand des Streites unter den Parteien bildet so ist mit dieser Entscheidung auch die Sache selbst entschieden nämlich, wie es weiterer Ausführung nicht bedarf, dahin: daß der Verklagte und Appellant nicht verbunden, die auf die Grundstücke der Klägerin und Appellantin überhangenden Baumzweige wegzuschaffen, daß demnach das ihn hierzu verurtheilende Erkenntniß erster Instanz abzuändern, und Klägerin und Appellantin mit der hierauf gerichteten Klage abzuweisen war.

No. 61. — V. Senat. Sitzung v. 27. Febr. 1854.

Revision.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Neuwied.
Gericht II. Instanz: Justiz-Senat in Ehrenbreitstein.

Beweis der Thäterschaft im Civilprozeß durch den Inhalt der Kriminal-Akten. — Civilrechtliche Folgen der Tödtung eines freien Menschen, nach Gemeinem Recht.

a. Nach Wegräumung der Beweistheorie in Strafsachen sind die auf freier Ueberzeugung des Strafrichters

Digitized by Google

beruhenden Feststellungen für den bestimmten Regeln unterworfenen Beweis im Civil-Prozesse nicht maaßgebend. Durch diesen Grundsatz wird jedoch nicht ausgeschlossen, daß der Civilrichter die in den gerichtlichen Protokollen des Strafrichters niedergelegten Auslassungen des Beschuldigten und die Aussagen der eidlich vernommenen Zeugen als taugliche Beweismittel würdige.*

* Diese Ansicht des fünften Senats harmonirt nicht mit den bei anderen Gelegenheiten ausgesprochenen Grundsätzen des Ober-Tribunals. In einem Erkenntnisse vom 11. September 1846 (Entscheidungen Bd. 13. S. 134, Präjudiz No. 1784, Sammlung S. 407.) wird die Entscheidung des Strafrichters als res judicata für den Civil-Prozeß betrachtet. Darnach würde also sogar der Gegenbeweis ausgeschlossen sein. Ein Erkenntniß des I. Senats vom 11. November 1853 (Archiv Bd. 10. S. 290.) erklärt ebenfalls die Entscheidung des Strafrichters für maaßgebend, erklärt aber zugleich, nicht darüber abur theilen zu wollen, ob nicht ein nach den Regeln des Civil-Prozesses zu führender Gegenbeweis, wenn ein solcher in jenem Falle angetreten worden wäre, zuzulassen gewesen sein würde. In einem späteren Erkenntnisse vom 5. April 1854 (Archiv Bd. 13. S. 51.) wird unterschieden, es soll die im Kriminalverfahren nach den gesetzlichen Vorschriften erfolgte Feststellung des objektiven Thatbestandes eines Vergehens dem Angeschuldigten auch in Beziehung auf die daraus herzuleitenden civilrechtlichen Folgen unbedingt entgegenstehen, und nur in Beziehung auf die Thäterschaft wird ein nach den Regeln des Civil-Prozesses zu führender vollständiger Gegenbeweis als „vielleicht" zulässig bezeichnet. In dem oben mitgetheilten Erkenntnisse entfernt sich der V. Senat von allen diesen Grundsätzen, indem nicht auf die Feststellung des Strafrichters gerücksichtigt, sondern blos die Benutzung der von demselben gesammelten Beweismittel für statthaft erklärt wird.

Nach gegenwärtiger Lage der Gesetzgebung dürfte die Ansicht des V. Senats die allein richtige und konsequente sein. Als res judicata für den Civilprozeß kann die Entscheidung des Strafrichters nicht gelten, weil der Damnifikat im Strafverfahren nicht als Partei betheiligt war. Wegen des im Strafverfahren ergangenen Spruches für den Civil-Prozeß dem Verklagten den Gegenbeweis aufzubürden, erscheint als ein ungeeignetes Auskunftsmittel, weil kein Gesetz dem Spruche des Strafrichters für den Civil-Prozeß die Wirkung einer gesetzlichen Vermuthung beilegt, in welchem Falle allein der Verklagte auf den Gegenbeweis zu verweisen sein würde. Hierzu kommt, daß nach unsern Gesetzen der Strafrichter auf weit freiere Weise seine Ueberzeugung feststellen darf, als der durch die positiven Beweisregeln beengte Civilrichter, und daß es gerade deshalb äußerst bedenklich erscheint, die Wirkungen des strafrichterlichen Spruches über seine nächsten Grenzen auszudehnen. Dagegen gleichen sich alle Schwierigkeiten aus, und es bleibt die allgemeine Theorie über die Beweisführung und über die Beweislast unangetastet, wenn man mit dem fünften Senate annimmt, daß nicht die vom

Digitized by Google

b. Nach Gemeinem Rechte ist es statthaft, daß die Hinterbliebenen eines getödteten freien Menschen Schadenersatz beanspruchen.

Lex 21. § 2., Lex 2. und Lex 27. § 5., Dig. ad legem Aquiliam (9. 2.); Lex ult. Dig. de his qui effuderint vel dejecerint. (9. 3.)

Im Jahre 1853, nach Beendigung eines Scheibenschießens der Schützengilde zu Neuwied, wollte der Schlossermeister J. sein Gewehr entladen, richtete dasselbe seitwärts nach einem Kornfelde und drückte ab. Hinter diesem Kornfelde war die Ehefrau des Ackermanns L. mit ländlicher Arbeit beschäftigt gewesen. Man hörte unmittelbar nach dem Schusse von dorther einen Schrei, und fand die Frau mit zerschmettertem Arm und durchbohrter Brust. Sie verschied nach wenigen Augenblicken.

Gegen den Schlossermeister J. wurde wegen kulposer Tödtung der Ehefrau L. die Kriminal-Untersuchung eingeleitet, welche mit der Verurtheilung des Angeklagten endete. Demnächst trat der Ehemann der Getödteten mit einer Schadens-Ersatzklage auf, welche er unter verschiedenen Positionen zu rechtfertigen suchte, indem er im Wesentlichen ausführte, daß seine Frau durch ihre Thätigkeit und Arbeit einen Theil der zur Erhaltung der zahlreichen Familie erforderlichen Mittel gewonnen habe, und daß er an ihrer Stelle eine Haushälterin zum Zwecke der Pflege der noch völlig hülfsbedürftigen jüngsten Kinder zu halten gezwungen sei. Außerdem verlangte er die Begräbnißkosten und einige andere Auslagen erstattet.

Strafrichter gezogene Schlußfolgerung, sondern nur das Material in Betracht kommt, welches jener Schlußfolgerung zur Grundlage diente. In der Regel wird dieses Material auch dem Civilrichter ausreichend erscheinen, um die faktischen Grundlagen der Klage, allenfalls unter Ergänzung durch den Erfüllungs-Eid, konform dem Straf-Erkenntnisse festzustellen. Sollte aber im einzelnen Falle das Straferkenntniß auf besonders schwachen Beweisen beruhen, so ist es den wahren Grundsätzen der Gerechtigkeitspflege angemessener, eher den anscheinenden Konflikt mit dem Spruche des Strafrichters eintreten zu lassen, als den vielleicht mit Unrecht Verurtheilten um der bloßen Konsequenz willen noch mit den empfindlichen Folgen der Civil-Verurtheilung zu belegen.

Digitized by Google

Der Verklagte bestritt, daß der von ihm abgefeuerte Schuß die Ehefrau des Klägers getroffen habe, indem er behauptete, daß auch andere Schützen ihre Gewehre nach jener Gegend hin entladen hätten. Außerdem wendete er ein, daß nach Gemeinem Rechte wegen der Tödtung eines freien Menschen eine Entschädigungsklage nicht statthaft sei, und endlich bestritt er die Existenz eines pekuniären Schadens sowie die Höhe der einzelnen Ansätze.

Das Kreisgericht zu Neuwied nahm an, daß die Actio legis Aquiliae nur wegen Beschädigung an Sachen oder Tödtung eines Sklaven zulässig sei, die Tödtung eines freien Menschen dagegen zu keiner Entschädigungsklage Veranlassung geben könne. Der Justiz-Senat erkannte abändernd und verurtheilte den Schlosser-Meister J. zur Gewährung eines im besondern Verfahren festzustellenden Schadens-Ersatzes. Für maaßgebend wurde der Gerichtsgebrauch erklärt, welcher der Frau und den Kindern eines getödteten Mannes die Klage auf Schadens-Ersatz gewähre, welche Klage analog auch dann gestattet sein müsse, wenn im einzelnen Falle durch die Tödtung einer Frau den Angehörigen derselben erweislich ein pekuniärer Nachtheil zugefügt sei.

Der Verklagte legte die Revision ein. Er rügte zunächst, daß der Appellations-Richter den Inhalt der Untersuchungs-Akten benutzt habe, um die Tödtung der Ehefrau L. durch Culpa des Verklagten festzustellen. In Betreff der Frage nach der Zulässigkeit der Klage selbst führte er aus:

„Das Gesetz gestatte, weil ein freier Mensch nicht Gegenstand des Eigenthums sein könne, und sein Leben überhaupt nicht schätzbar sei, den Hinterbliebenen auch keine Klage auf Entschädigung für den durch die kulpose Handlung eines Andern herbeigeführten Verlust des Lebens eines freien Menschen. Die Lex Aquilia, auf welche die Klage allein gestützt werden könnte, gebe einen Anspruch auf Entschädigung nur wegen solcher unrechtmäßigen Handlungen, durch welche Sachen ver-

Digitized by Google

nichtet oder verletzt worden seien, das Vermögen eines Andern verletzt worden sei (Lex 2. pr., Lex 27. § 5. Dig. ad leg. Aquil.). Wenn die Lex Aquilia auch auf die Tödtung eines Sklaven anwendbar gewesen sei, und das erste Kapitel derselben sich insbesondere auf diesen Fall bezogen habe, so erkläre sich dies eben daraus, daß der Sklave als eine im Eigenthume befindliche Sache betrachtet worden sei. Die Beschränkung auf den Fall der Tödtung eines Sklaven habe die Anwendung auf den Fall der Tödtung eines freien Menschen von selbst ausgeschlossen. In dem letzteren Falle könne von einer Klage schon aus dem Grunde keine Rede sein, weil kein Eigenthümer vorhanden sei, welcher sie anstellen könnte, der Eigenthümer (dominus) aber allein die zur Anstellung legitimirte Person sei. Es sei denn auch noch niemals behauptet worden, und selbst der vorige Richter behaupte es nicht, daß das Gesetz eine Klage, wie die vorliegende, gestattet habe.

Es sei nur „die Gemeinrechtliche Praxis", auf welche sich der vorige Richter berufe. Nach derselben solle den Hinterbliebenen eines durch die Schuld eines Dritten getödteten Mannes eine Schadensklage unbedenklich gestattet werden. Der Gerichtsgebrauch möge von Werth sein, insoweit er zur Interpretation eines zweifelhaften Gesetzes benutzt werden könne. Aber auch in dieser Beschränkung habe er immer nur einen doktrinellen Werth. Die Kraft eines als Entscheidungsnorm dienenden Gesetzes könne er niemals erlangen. Was von den Gerichten in einzelnen Fällen gesprochen worden, habe eine verbindliche Kraft nur unter den Parteien, unter welchen es gesprochen worden sei. Die Lex 13. Cod. de sentent. et interlocut. omn. jud. verbiete es ausdrücklich, in einer Sache, statt nach den Gesetzen, nach Maaßgabe früherer Entscheidungen zu urtheilen (cum non exemplis, sed legibus judicandum sit). Der Richter dürfe sich daher durch einen vermeintlichen Gerichtsgebrauch nicht von der eigenen Prüfung des Gesetzes abhalten lassen, und wenn er finde, daß die Praxis

Digitized by Google

nicht mit dem Gesetz übereinstimme, so dürfe er diese nicht zur Richtschnur nehmen, sondern müsse bei jenem stehen bleiben, da er eine gesetzgebende Gewalt nicht habe (vergl. die Abhandlung von Jordan im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 8. S. 191. ff., insbesondere § 7.). Daß aber die von dem vorigen Richter hervorgehobene Praxis in der That mit dem Gesetz nicht in Einklang gebracht werden könne, sei oben gezeigt worden (vergl. Unterholzner, Schuldverhältnisse Bd. 2. S. 700.).

Verdiene aber die gemeinrechtliche Praxis, auf welche sich der vorige Richter beziehe, wirklich Berücksichtigung, so könne sie doch nimmermehr über den Fall ausgedehnt werden, auf welchen sie sich selbst beschränkt habe. Nach der eigenen Anführung des vorigen Richters habe sie sich auf den Fall beschränkt, in welchem ein Mann durch die Schuld eines Dritten getödtet worden, und auch in dieser Beschränkung sei sie Nichts weniger als eine allgemeine (Stryk, usus modernus Lib. 9. Tit. 2. § 9.). Angenommen indeß, es habe die gemeinrechtliche Praxis die anerkannten Grundsätze des Römischen Rechts dahin erweitert, daß die Wittwe und Kinder eines getödteten Mannes eine Entschädigungsklage anstellen könnten, so erstrecke sich doch diese Erweiterung immer nur auf den Fall der Tödtung eines Mannes, und die Klage werde nur der Wittwe und den hinterbliebenen Kindern gestattet, und zwar nur auf Leistung derjenigen Alimente, welche der Mann oder Vater der Wittwe oder den Kindern zu leisten verpflichtet gewesen sei (Göschen, Civilrecht § 591. am Ende). So weit, wie der vorige Richter gehe, sei noch kein Gericht gegangen. Der vorige Richter wolle nicht blos, dem von ihm angenommenen Gerichtsgebrauch entsprechend, das Römische Recht, sondern er wolle noch den Gerichtsgebrauch selbst erweitern. Was ein keineswegs konstanter Gerichtsgebrauch für den Fall der Tödtung eines Mannes, der Gatte und Vater gewesen, zugelassen habe, solle auch in dem andern Fall zulässig sein, in

Digitized by Google

welchem der Getödtete eine Frau gewesen, und was jener Gerichtsgebrauch nur der Wittwe und den Kindern bewilligt habe, solle nun auch dem hinterbliebenen Ehemann bewilligt werden. Der vorige Richter wolle den Gerichtsgebrauch in dieser Weise erweitern, und somit der Gründer eines neuen Gerichtsgebrauchs werden, weil bei der jetzigen Auffassung des ehelichen Verhältnisses kein Grund abzusehen sei, warum nicht auch im umgekehrten Fall (bei der Tödtung einer Frau) dem Ehemann und den Kindern eine actio in factum zugestanden werden solle. Wäre das Gesetz wirklich nicht weit genug gegangen, so würde es wenigstens nicht an dem Richter sein, dasjenige nachzuholen, was zu thun der Gesetzgeber bisher unterlassen habe. Der Grund für die Beschränkung des Gerichtsgebrauchs auf den Fall der Tödtung eines Mannes sei aber sehr wohl einzusehen. Er liege eben in dem ehelichen und väterlichen Verhältniß selbst; er liege darin, daß dem Ehemann zunächst die Verpflichtung zur Alimentation seiner Ehefrau und seiner Kinder obliege, und daß also durch seine Tödtung der Ehefrau und den Kindern der Ernährer entzogen werde. Dasselbe lasse sich aber keineswegs in dem umgekehrten Falle sagen. Der vorige Richter habe daher sogar gegen den von ihm selbst bekundeten Gerichtsgebrauch verstoßen, indem er denselben noch über seinen Inhalt hinaus auf einen nicht darunter begriffenen Fall ausgedehnt habe."

Der Revise entgegnete: An und für sich sei die Lex Aquilia auf die Tödtung eines freien Menschen nicht anwendbar. Die als Rechtsquelle für das Gemeine Recht anerkannte Praxis habe sich aber über jene Beschränkung längst hinweggesetzt. Voet in seinem Kommentar zu den Pandekten Buch 9. Tit. 2. Nr. 11. erörterte die Frage sehr ausführlich, und er bezeuge die Existenz des in der gedachten Beziehung konstanten Gerichtsgebrauchs; desgleichen Holzschuher Bd. 2. Abth. 2. S. 976. Wangerow (Bd. 3. S. 566.) bekämpfe jene Ausdehnung der Aquilischen Klage vom Standpunkte der Theorie, müsse

Digitized by Google

jedoch zugleich anerkennen, daß die Praxis die Bedenken der Theorie überwunden habe. Wenn die Schriftsteller des Gemeinen Rechtes bei Erörterung der hier streitigen Frage vorzugsweise immer den Fall behandelten, daß die Wittwe und Kinder eines Getödteten Schadens-Ansprüche geltend machten, so erkläre sich dies daraus, daß die Tödtung einer Frau nur unter seltenen besondern Umständen (wo sie die Ernährerin oder Mit-Ernährerin der Familie gewesen) einen nach Gelde zu schätzenden Schaden herbeiführen werde. Wenn aber überhaupt gegen die Tödtung eines freien Menschen eine Schadens-Ersatzklage statthaft sei, so müsse dieselbe auch im andern Falle zugelassen werden, indem unter einem homo liber sowohl ein Mann als eine Frau zu verstehen sei, wie dies die Lex 1. Dig. de verborum significatione (50. 16.) für einen ähnlichen Fall noch besonders hervorhebe. Die Frage aber, ob dem Kläger durch die Tödtung seiner Frau ein Schaden, und welcher Schaden, erwachsen sei, gehöre in den vom Appellations-Richter angeordneten Separatprozeß.

Das Ober-Tribunal hat das Appellations-Erkenntniß bestätigt, —

in Erwägung:

daß zwar nicht der Körper eines freien Menschen, wohl aber dessen Thätigkeit, insoweit sie sich in Leistungen von vermögensrechtlicher Bedeutung äußert, einer Schätzung fähig ist, und daß in Lex ult. Dig. de his qui effud. vel dejec. ausdrücklich anerkannt wird, daß in dieser letzten Beziehung die körperliche Beschädigung eines freien Menschen einen Anspruch auf Schadens-Ersatz zu begründen geeignet ist, welcher, wenn die Beschädigung die Folge eines nach der Lex Aquilia zu vertretenden Verschuldens ist, mit einer nützlichen Klage aus diesem Gesetze verfolgt werden kann;

daß der Schaden, dessen Ersatz mit der Aquilischen Klage verfolgt werden kann, auch den entzogenen Gewinn, auf welchen

Digitized by Google

man, wenn die Beschädigung nicht stattgefunden hätte, mit Gewißheit rechnen konnte, umfaßt, Lex 21. § 2. Dig. ad leg. Aquil.;

daß, wenn auch in der zuerst angeführten Gesetzesstelle die Klage auf Schadens-Ersatz ausdrücklich nur dem körperlich Beschädigten selbst und nicht auch Dritten, welchen durch die Beschädigung ein Gewinn der eben bezeichneten Art entzogen worden, zuerkannt wird, dies doch nur die Folge der thatsächlichen Beschaffenheit des dort entschiedenen Falles ist, während nach Maaßgabe des in der Stelle festgesetzten Rechtssatzes die Klage jedem unter den Voraussetzungen der Lex Aquilia Beschädigten gegeben ist;

daß es nur eine Anwendung dieser Grundsätze ist, wenn die in dem Urtheile der zweiten Instanz angeführten Rechtssprüche und Autoren der Ehefrau und den Kindern eines getödteten Mannes Alimentations-Ansprüche gegen den Beschädiger zugestehen, und daß die Entscheidung des Appellations-Richters eben nur wieder die Anwendung derselben Grundsätze auf einen thatsächlich anderen, rechtlich aber gleichartigen Fall enthält;

daß mithin der Appellations-Richter, indem er in dem vorliegenden Falle die Schadensklage grundsätzlich für zulässig erachtete, kein Gesetz verletzt, sondern die Prinzipien richtig angewandt hat;

daß, wenn auch nach Wegräumung der Beweistheorie in Straffachen, die auf freier Ueberzeugung des Straf-Richters beruhenden Feststellungen für den — bestimmten Regeln unterworfenen — Beweis im Civilprozesse nicht maaßgebend sind, dadurch doch nicht ausgeschlossen ist, daß der Civil-Richter die in den gerichtlichen Protokollen des Straf-Richters niedergelegten Auslassungen des Beschuldigten und die Aussagen der eidlich vernommenen Zeugen, in dem Entschädigungsprozesse gegen den ersteren als taugliche Beweismittel für die Schadenszufügung würdige;

Digitized by Google

daß, wie der Appellations-Richter näher ausführt und mit Recht annimmt, die gerichtlichen Untersuchungs-Verhandlungen in Verbindung mit der Beweisaufnahme im Civilprozesse den vollen Beweis der fahrlässigen Tödtung gegen den Revidenten liefern.

No. 62. — IV. Senat. Sitzung vom 6. März 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Essen.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Hamm.

Legatum debiti proprii nach Preußischem und Gemeinem Recht.

a. Nicht blos rücksichtlich der Form, sondern auch rücksichtlich der materiellen Gültigkeit der einzelnen Anordnungen eines Testamentes sind die zur Zeit und am Orte der Errichtung des Testaments geltenden Gesetze, nicht aber die Gesetze der Zeit und des Ortes, wo der Erbanfall sich ereignet, maaßgebend. Nur das Vorhandensein von Prohibitivgesetzen zur Zeit oder am Orte des Erbanfalls würde von Einfluß sein.

b. Die Entscheidung, ob ein Legat als legatum debiti proprii zu betrachten, richtet sich lediglich nach der Fassung des Legates, d. h. darnach, ob das Legat als eine Schuld vermacht ist, nicht aber darnach, ob die Schuld wirklich existirt.

§ 14. Inst. delegatis (2. 20.); A. L. R. I. 12. § 430.

c. Nach Gemeinem Recht bleibt — abweichend vom Allgem. Landrecht — das legatum debiti proprii bestehen, selbst wenn die Tilgung der Schuld nach Errichtung des Legates stattgefunden hat.*

Lex 13. Dig. de liberatione legata (34. 3.); A. L. R. I. 12. § 433.

* Vergl. Thibaut, Pandekten-System § 755.

Digitized by Google

d. Nach den Grundsätzen des Allgem. Landrechts zerfällt das legatum debiti proprii nur, wenn der Erblasser die Schuld nach errichtetem Legate durch Zahlung getilgt hat.

A. L. R. I. 12. § 433.; 16. § 28.

Die Henriette C. lebte bis zum Jahre 1840 in Altenkirchen. Sie hatte zu ihrer Pflege eine Verwandte, Louise F., spätere Ehefrau S., zu sich genommen und in einem am 29. März 1837 gerichtlich errichteten Kodizill erklärt, daß sie derselben 750 Rthlr. verschulde, welche aus ihrem Nachlasse ausgezahlt werden sollten. Als im Jahre 1840 die Louise F. sich nach Essen verheirathete, zog nunmehr die Henriette C. zu derselben, und sie starb demnächst im Oktober 1842, nachdem unterm 4. Februar jenes Jahres ein notarieller Vertrag abgeschlossen war, in welchem die Henriette C. den Eheleuten S. „für genossene Pflege und geleistete Dienste“ ihr auf 400 Rthlr. veranschlagtes Mobiliar übereignete.

Schon in einem Vorprozesse hatte die Ehefrau S. im Beistande ihres Ehemannes gegen den Kurator des Nachlasses der Henriette C. die im Kodizill vom 29. März 1837 erwähnten 750 Rthlr. eingeklagt, und zwar als eine wirklich existirende Schuld, indem als causa debendi angegeben wurde, daß die Ehefrau S. vom Jahre 1831 bis zum Jahre 1837 häusliche und wirthschaftliche Dienste geleistet habe, und durch die Erblasserin die Höhe der dafür geforderten Entschädigung anerkannt sei. Mit dieser Klage wurden die Eheleute S. angebrachtermaaßen abgewiesen, weil das als Beweis der Schuld in Bezug genommene Dokument die Angabe der causa debendi nicht enthalte, und diese causa auch anderweit nicht nachgewiesen sei.

Nunmehr klagten die Eheleute S. die 750 Rthlr. als legatum debiti ein, behauptend, daß es bei einem solchen nicht darauf ankomme, ob ein wirkliches debitum vorhanden gewesen

Digitized by Google

sei, oder nicht. Der Nachlaßkurator erhob neben dem aus der Entscheidung im Vorprozeß hergeleiteten Einwande der res judicata die Einrede, daß das Vermächtniß wirkungslos geworden sei, weil nach dem eigenen Zugeständnisse der Eheleute S. die Zuwendung der 750 Rthlr. als Belohnung für geleistete Dienste geschehen, in dieser Beziehung aber durch die spätere, im Jahre 1842 erfolgte Uebereignung der Mobilien das behauptete debitum getilgt sei

Der Einwand der res judicata wurde verworfen, dagegen aber der andere Einwand in beiden Instanzen für durchgreifend erachtet, und auf Zurückweisung der Klage erkannt. Der Appellations-Richter führte aus, es könne nicht angenommen werden, daß bei Abschluß des Vertrages vom 4. Februar 1842 die Absicht der Erblasserin gewesen, nur diejenige Pflege und Dienstleistung, welche sie seit dem Bestehen der Ehe der Kläger von diesen genossen, mit Ausschluß der von der mitklagenden Ehefrau vor deren Verheirathung ihr gewährten Dienstleistungen durch die übertragenen Vermögensstücke zu vergüten. Das legatum debiti sei daher durch Tilgung des debiti als erloschen zu betrachten.

In der für die Eheleute S. eingereichten Nichtigkeitsbeschwerde wurde im Wesentlichen ausgeführt:

1. Der Appellations-Richter spreche sich nicht darüber aus, ob er die Grundsätze des Allgem. Landrechts, unter welchem der Erbfall sich ereignet hatte, oder ob er die Grundsätze des Gemeinen Rechts, unter welchem das Legat errichtet worden, zur Anwendung bringe. Unter beiden Voraussetzungen verstoße seine Entscheidung gegen die Gesetze.

Das legatum debiti proprii zerfalle, wenn der Erblasser noch bei Lebzeiten gezahlt habe, weil der Erblasser, wie vorauszusetzen, seinem Gläubiger nicht mehr habe zuwenden wollen, als er demselben vor Errichtung des Legates verschuldete. Habe der Erblasser erweislich Nichts geschuldet, und sei dennoch von ihm die Form des legati debiti unter Angabe einer be-

Digitized by Google

stimmten Summe gewählt, so werde das Legat als Geldvermächtniß aufrecht erhalten. In diesem Falle aber sei ein Zerfallen des Legates durch nachherige Zahlung nicht denkbar, weil die Bezahlung einer Schuld die Existenz einer solchen voraussetze, und in wirklicher Ermangelung einer causa debendi der Nachweis, daß dieses debitum bezahlt sei, nicht möglich erscheine. Im vorliegenden Falle charakterisire sich die Zuwendung als eine in die Form des legati debiti gebrachte remuneratorische Schenkung, auf welche die Grundsätze von dem Wegfall des legati debiti keine Anwendung finden könnten.

2. Uebrigens zerfalle sowohl nach Preußischem als nach Gemeinem Rechte das Legat nur dann, wenn der Erblasser die nämliche Schuld nach errichtetem Legate bezahlt habe. Der Appellations-Richter begnüge sich, negativ festzustellen, es könne als Absicht der Erblasserin nicht angenommen werden, daß sie durch die im Jahre 1842 erfolgte Ueberlassung der Mobilien nur diejenige Pflege und Dienstleistung habe vergüten wollen, welche sie seit der Verheirathung der Klägerin genossen hatte. Diese Feststellung reiche nicht aus; es komme darauf an, nicht blos, ob nach der einseitigen Absicht der Henriette C., sondern ob nach der Absicht der beiden kontrahirenden Theile durch das am 4. Februar 1842 abgeschlossene Geschäft die alte schon im Jahre 1837 anerkannte Schuld habe getilgt werden sollen. In dieser Beziehung sei klar, daß die Kontrahenten durch das ein Objekt von 400 Rthlrn. betreffende Rechtsgeschäft nicht hätten bezwecken können, eine schon im Jahre 1837 auf 750 Rthlr. anerkannte Schuld zu tilgen, und zwar umsoweniger, als inzwischen noch neue Ansprüche auf Schadloshaltung erwachsen gewesen seien. Der Appellations-Richter verstoße daher gegen den Rechtsgrundsatz, daß bei zweiseitigen Verträgen über die Auslegung derselben nicht die Absicht des einen Theiles entscheide, vielmehr dasjenige als maaßgebend zu betrachten sei, was als gemeinsam vereinbartes Resultat sich darstelle, zumal vermittelst der datio in solutum die Tilgung nur auf dem

Digitized by Google

Wege des Abkommens beider Theile möglich gewesen wäre, wie die Grundsätze der §§ 235. 237. 238. und 242. I. 16. des Allg. Landrechts, welche in gleicher Weise im Gemeinen Rechte sich anerkannt fänden (Leyser, Specimen 531. No. 3. u. 5.), klar zeigten.

3. Hierzu komme, daß das Rechtsgeschäft vom 4. Februar 1842 nicht als Zahlung, sondern als datio in solutum sich darstelle; es habe aber nur die wirkliche „Zahlung," nicht ein anderer modus solvendi, die Wirkung, das Legat zerfallen zu machen. Der vom Appellations-Richter für ausreichend erachtete Nachweis, daß die Schuld getilgt worden, genüge unter diesen Umständen nicht.

Das Ober-Tribunal hat das Appellations-Erkenntniß vernichtet und unter Abänderung des Erkenntnisses erster Instanz den Nachlaßkurator zur Zahlung der eingeklagten 750 Rthlr. nebst Zinsen vom Tage des Ablaufes der gesetzlichen Deliberationsfrist verurtheilt.

Gründe:

Der Appellations-Richter betrachtet die letztwillige Zuwendung der Henriette C. an die klagende Ehefrau S. vom 29. März 1837 als ein legatum debiti, ohne sich darüber auszusprechen, welche Gesetze, ob das Allgem. Landrecht oder das Gemeine Recht, er dabei zur Anwendung hat bringen wollen. Das Gemeine Recht gilt an dem Orte der Errichtung des Kodizills, der damals zugleich Wohnort der Erblasserin war, den sie aber später mit Essen, wo das Allgem. Landrecht herrscht, vertauscht hat, an welchem letztern Orte sie auch demnächst verstorben ist. Unzweifelhaft richtet sich nun die Intestat-Erbfolge nach den Gesetzen zur Zeit des Todes und am Domizile des Erblassers, wobei nur in Betreff der Immobilien verschiedene Ansichten über die Anwendbarkeit der sogenannten Realstatuten obwalten. (Vergl. Bornemann, Bd. 6. S. 20., 1. S. 203. ff.; Pufendorff obs. I., 28. § 4.)

Einem Testamente gegenüber werden daher auch die Rechte

Digitized by Google

des Intestat-Erben, z. B. Notherbenrecht, Legaten-Abzug ꝛc., nach den Gesetzen, die zur Zeit des Erbanfalls und am Orte desselben gelten, zu beurtheilen sein. Sofern aber von der Form sowohl als von der materiellen Gültigkeit der einzelnen Anordnungen des Testaments die Rede ist, und nicht etwa sich solche darin finden, welche zur Zeit des Erbanfalls gesetzlich prohibirt worden sind, wird die Zeit der Errichtung des Testaments, wie bei jeder andern Handlung zur Richtschnur dienen müssen. Denn die Willenserklärung kann nur nach den zur Zeit der Satzung derselben gültigen Gesetzen von dem Testator intendirt worden sein, so daß nun vernünftiger Weise nur diese einen richtigen Gesichtspunkt für die Auffassung, Beurtheilung und nöthigenfalls Ergänzung derselben abgeben. Die Erblasserin hat zwar ihren Wohnort verändert, das an dem früheren Wohnorte errichtete Testament aber unverändert bestehen lassen, mithin die Absicht gehabt, es auch so in der Wirkung bestehen zu lassen, wie sie es errichtet hatte. Im vorliegenden Falle findet sich das Institut des legatum debiti dem Begriffe nach im Wesentlichen übereinstimmend im Landrecht, wie im Gemeinen Rechte, sofern aber Verschiedenheiten obwalten sollten, müssen nach obigem Grundsatze die Gemeinrechtlichen Vorschriften maaßgebend sein. Nach beiden Rechten ist der erste Angriff der Nichtigkeitsbeschwerde, daß das vorliegende Rechtsgeschäft durch die Auffassung als legatum debiti verkannt sei, wenigstens insofern nicht begründet, als zur Unterstützung desselben ausgeführt wird, daß eine civilrechtlich verbindliche Schuld nicht vorgelegen, die Vergütung für die Pflege und Unterstützung der Erblasserin, einer Großtante der Klägerin, vielmehr als eine remuneratorische Schenkung in Form eines Legats anzusehen sei. Denn ob ein Legat als ein legatum debiti proprii zu betrachten, richtet sich lediglich nach der Fassung des Legats d. h. darnach, ob das Legat als eine Schuld vermacht ist, nicht ob die Schuld wirklich existirt. Vergl. § 14. Inst. de legatis: „Si debitor creditori suo, quod debet, legaverit“ und § 430. I. 12. des Allgem.

Digitized by Google

Landrechts: „Vermacht der Erblasser seinem Gläubiger das, was dieser von ihm zu fordern hatte, ꝛc.“ — Und dem entspricht das hier vorliegende Legat vom 29. März 1837, da es die Bescheinigung ausspricht, daß die Erblasserin der Klägerin 750 Rthlr. schuldig sei, und deren Auszahlung aus dem Nachlasse anordnet.

Dagegen erscheint die Art und Weise, wie der zweite Richter den Einwand der geschehenen Tilgung des Legats prüft, nicht gerechtfertigt, auch durch die Angriffe unter 2. der Nichtigkeitsbeschwerde mit Erfolg angefochten. Nach Gemeinem Recht kommt es bei dem legatum debiti darauf, ob die Schuld existirt, gar nicht an, ja wenn sie blos so vermacht ist, wie sie existirt so sagt § 14. a. a. O. weiter:

„inutile est legatum, si nihil plus est in legato, quam in debito, quia nihil amplius habet per legatum.“

Dagegen fällt nicht nur der dies, die conditio bei einer pure legirten Schuld, weg, § 14. a. a. O., sondern es gilt auch das Legat, wenn es auf eine bestimmte Geldsumme gerichtet ist, dann, wenn der Testator dem Legatar Nichts schuldig war.

Lex 88. Dig. 31. (Scaevola): „Quisquis mihi heres erit, sciat debere me Demetrio patruo meo denaria tria, et deposita apud me a Seleuco patruo meo denaria tria, quae etiam protinus reddi et solvi eis jubeo. — Quaesitum est, an si non deberentur, actio esset? Respondi: si non deberentur nullam quasi ex debito actionem esse, sed ex fideicommisso.“

Die Auffassung ist konsequent mit der im Römischen Recht in der sehr kasuistisch durchgearbeiteten Materie von Legaten herrschenden Ansicht, daß die Intention des legirenden Testators aufrecht zu halten, daß eine falsa demonstratio, als welche hier die Schuldbezeichnung angesehen wird, dem Legate nicht schadet. Es hat dies natürlich auch zur Folge, daß das Legat gilt, nicht nur, wenn die Schuld gar nicht existirt hat, sondern auch, wenn sie getilgt worden ist; die exceptio fällt weg.

Digitized by Google

Lex 13. Dig. de liberatione legat. (34. 3.); „at si idem debitum creditori legaverit, intelligendum erit, exceptionem eam remitti creditori voluisse.“

Es müssen diese an sich allgemein adoptirten Grundsätze — Vergl. Thibaut, Pandektenrecht § 755. — ohne Unterschied gelten, ob die Tilgung der Schuld vor oder nach dem Legate geschehen ist. Denn tilgt der Testator die Schuld nachher, läßt aber nichts destoweniger das Legat unwiderrufen bestehen, so hat er den Betrag desselben nach eben der Vermuthung, die hier überhaupt Platz greift, dem Legatar zuwenden wollen. Es ist auch dieser Fall unter dem ganz allgemein „si non deberentur“ d. h. zur Zeit des Anfalls mit begriffen, und läßt sich daher an und für sich bei dem legatum debiti die nachherige Zahlung nicht als ein Grund des Wegfalls des Legats aufführen, wie dies bei dem völlig verschiedenen legatum nominis alieni allerdings und mit Recht geschieht. — Thibaut a. a. O. § 829. litt. e.

Im Allgem. Landrecht sieht nun zwar der § 430. I. 12. das Legat der Schuld nur als ein Anerkenntniß derselben an, doch sanktionirt der § 432. ganz und gar den Gemeinrechtlichen Grundsatz über die Gültigkeit des Legats, indem er anordnet:

Ist eine Summe bestimmt, so muß dieselbe dem Legatar bezahlt werden, wenn auch sonst kein Rechtsgrund, aus welchem sie der Erblasser schuldig geworden, ausgemittelt werden könnte;

er sanktionirt hierdurch das Legat der ausgedrückten Absicht wegen, daß eine bestimmte Summe dem Legatar zu Theil werden soll. In Betreff der Aufhebung der Schuld dagegen sagt § 433.:

Kann aber erwiesen werden, daß der Erblasser dieselbe Schuld, die er seinem Gläubiger vermacht hat, nach errichtetem Legate bezahlt habe, so hat das Vermächtniß weiter keine Wirkung.

Das Gesetz, welches argumento a contrario andeutet, daß eine Zahlung vor dem Legate nicht schadet, muß die Zahlung

Digitized by Google

nach dem Legate als eine stillschweigende Zurücknahme desselben angesehen haben. Der Angriff der Nichtigkeitsbeschwerde ist nicht dahin gerichtet, daß eine solche Vorschrift im Gemeinen Recht nicht existire, die Imploranten setzen vielmehr einen gleichen Grundsatz als auch im Gemeinen Recht bestehend voraus, und da der Richter jene Vorschrift allgemein statuirt, insofern auch der Angriff der Verkennung des legati debiti nicht hierher bezogen werden darf, so wird allerdings für die Nichtigkeitsbeschwerde die Grundlage, daß die Vorschrift, welche der § 433. ausspricht, maaßgebend sei, festgehalten werden müssen. — Dagegen verstößt der Richter sowohl gegen den Rechtsbegriff des legatum debiti, als auch gegen die gedachte Vorschrift durch die Art der Prüfung, inwiefern vermöge des Uebertragungs-Vertrages von 1842 eine Aufhebung des Legats stattgefunden habe. Er fehlt hier, was auch sub 3. der Nichtigkeitsbeschwerde noch speziell gerügt worden, schon insofern, als er am Schlusse der Entscheidungsgründe davon ausgeht, daß der Nachweis, daß die Schuld getilgt worden, überhaupt genüge. Das Gesetz bedient sich ausdrücklich des Ausdrucks bezahlt, bezeichnet also die Erfüllung durch Geld oder geldgleiche Papiere (§ 28. I. 16.), und dies ist hier, wo es darauf ankommt, aus einer Handlung des Erblassers die Zurücknahme des auch ohne Existenz einer Schuld gültigen Legats herzuleiten, keineswegs gleichgültig. Die bestimmte Summe soll dem Legatar nicht bezahlt werden, weil sie ihm schon bei Lebzeiten bezahlt ist. Nicht unbedenklich wäre es schon, der Zahlung hier eine datio in solutum (§ 235.), die aber auch eine ausdrückliche Annahme des Gläubigers voraussetzt, gleich zu stellen. Offenbar unzulässig würde aber nach den Worten und dem Geiste des Gesetzes z. B. die Gleichstellung der Kompensation sein, obwohl auch diese ein modus solvendi obligationem ist. Der Appellations-Richter hat also den Standpunkt von vornherein unrichtig genommen, und, da die Uebertragung des Mobiliars an die Eheleute S. in der Urkunde vom 4. Februar 1842 jedenfalls nur

Digitized by Google

als datio in solutum aufgefaßt werden könnte, wenn diese für zulässig gilt, schon dadurch gefehlt, daß er eine ausdrückliche Annahme in solutum gar nicht festgestellt und erfordert hat, an welcher es auch in der gedachten Urkunde fehlen würde, da die Schuld der 750 Rthlr. darin nicht einmal bezeichnet worden. — Außerdem entsprechen aber auch die Erörterungen und Annahmen des Richters in anderer Beziehung nicht jener Vorschrift. Das Legat bezeichnet gar keine causa debendi; hält man mit dem Richter die von der Klägerin im Vorprozesse angegebene fest, so handelt es sich von einer Vergütung der Pflege und Unterstützung, welche die Klägerin, als unverheirathete Person, und zwar von 1831 bis 1837 der Erblasserin hat angedeihen lassen, dagegen spricht das Dokument von der von den Eheleuten S. bisher, d. h. bis 1842, der Erblasserin gewährten Pflege und geleisteten Dienste. Von einer Tilgung derselben Schuld ist also hier den Worten nach gar nicht die Rede, und wenn der Appellations-Richter sich lediglich und allein mit der Negative begnügt, daß bei der generellen Fassung

> nicht angenommen werden könne, daß es die Absicht der Erblasserin war, nur diejenige Pflege und Dienstleistung, welche sie seit dem Bestehen der Ehe der Kläger von diesen genossen, mit Ausschluß der von der mitklagenden Ehefrau vor deren Verheirathung ihr gewährten Dienstleistungen durch das übertragene Vermögen vergüten zu wollen,

so ist dies auf keine Weise dem Requisite des § 433. entsprechend. Es ist das positive Faktum der Bezahlung derselben Schuld nothwendig, es kann auf die bloße Absicht der Erblasserin, auf den Umstand, daß die Absicht, jene Schuld von der Tilgung auszuschließen, nicht erhelle, durchaus nicht ankommen. Diese Absicht des Einen Kontrahenten genügt hier um so weniger, wo die Tilgung nur auf dem Wege des Abkommens beider Theile möglich war. Hieraus folgt die Vernichtung des Appellations-Erkenntnisses.

In der Sache selbst war auch, ohne daß es noch einer

Digitized by Google

Beweis-Aufnahme bedarf, nach dem Klage-Antrage zu erkennen. Denn das Legat ist gerichtlich, also in einer nach Gemeinem wie Preußischem Recht gültigen Form errichtet, der causa debendi bedarf es dabei nicht, und die nachherige Tilgung wäre nach dem zur Anwendung kommenden Gemeinen Recht, nach der obigen Ausführung, unerheblich. Nimmt man aber auch entweder die Anwendbarkeit des Allgem. Landrechts oder im Gemeinen Recht die Existenz einer mit dem § 433. a. a. O. übereinstimmenden Vorschrift an, so steht die Sache doch nicht anders. Zum Beweise der Tilgung ist lediglich auf den Vertrag von 1842 Bezug genommen, dieser aber paßt, wie schon zum Theil oben dargelegt worden, zu einem Beweismittel im Sinne des Gesetzes gar nicht. Es fehlt darin

1. jede Bezugnahme auf die legirte Schuld selbst sowohl, als auf deren von der Klägerin im Vorprozesse angegebene causa der Verpflegung von 1831 – 1837, vielmehr ist
2. als causa eine Verpflegung durch die Eheleute S., also verschiedene Personen, angegeben, und es wird
3. durch die Werthangabe zu 400 Rthlrn. sogar die Absicht, das Legat von 750 Rthlrn. tilgen zu wollen, zugleich ausgeschlossen.

Die Ermittelung darüber, ob die Pflege und Unterstützung durch die Eheleute S. stattgefunden hat, ist mithin in diesem Prozesse überflüssig: hat sie nicht stattgefunden, so konnte das möglicherweise nur auf die Validität des Abkommens von 1842 Einfluß haben, nicht aber dahin führen, dasselbe als eine gesetzmäßig gültige Zurücknahme des legatum debiti erscheinen zu lassen. Im Uebrigen hat schon der erste Richter richtig ausgeführt, daß das Fundament der früheren Klage aus dem Schuldschein allein ein anderes war, als das der jetzigen Klage, wo aus dem Legate geklagt wird, die exceptio rei judicatae mithin der Klage nicht entgegensteht. Die Zinsen sind vom Todestage der Erblasserin verlangt. Dem ist zwar nicht speziell

Digitized by Google

widersprochen worden, da jedoch nach § 294. I. 12. des Allg. Landrechts das Legat in Ermangelung anderer Bestimmungen erst gleich nach Ablauf der gesetzmäßigen Deliberationsfrist fällig wird, so konnte der Anfang der Zinsen-Verpflichtung erst sechs Wochen nach dem Todestage, nämlich nach dem 23. Oktober 1842, mithin auf den 5. Dezember 1842 festgesetzt werden.

No. 63. — V. (Rheinischer) Senat.
Sitzung vom 6. März 1855.

Kassations-Rekurs.

Gericht I. Instanz: Land-Gericht in Bonn, als Handelsgericht.

Betrug behufs Erlangung eines Konkordats.

a. Der Fallit, welcher, um die zum Abschluß eines Konkordats erforderliche Majorität zu erlangen, die Zustimmung eines Gläubigers hinter dem Rücken der anderen durch Zusicherung besonderer Geldvortheile zu gewinnen sucht, macht sich einer betrüglichen Handlung schuldig, und sind daher die hintergangenen Gläubiger berechtigt, die Vernichtung des Konkordats zu erwirken.

Code Napoléon Art. 116.

b. Es kommt hierbei nicht in Betracht, ob der zwischen dem Falliten und dem einzelnen Gläubiger heimlich geschlossene Neben-Vertrag zu Recht besteht, oder nicht.

Code Napoléon Art. 1131. 1133.; Code de commerce Art. 524.

Der im Jahre 1852 in Fallissementszustand gerathene O. schloß mit seinen Gläubigern ein Konkordat, dem auch die gesetzliche Homologation zu Theil wurde. Die Handlung J. H. befand sich unter den admittirten Gläubigern des Falliments

Digitized by Google

mit einer Summe von 248 Rthlrn. 11 Sgr. Am 22 Juli 1853 erhob sie Klage gegen den O. auf Zahlung von 83 Rthlrn. 29 Sgr. 6 Pf. aus dem Grunde, weil der letztere zur Erlangung eines Konkordats einzelnen Gläubigern Nachzahlungen gemacht habe, weshalb Klägerin sich berechtigt halte, den ganzen Betrag ihrer Forderung zu verlangen. — Der Verklagte bestritt, daß er irgend einem seiner Gläubiger mehr als die konkordatmäßige Dividende versprochen, resp. ausbezahlt habe.

Das Landgericht legte darauf der Klägerin den subsidiarisch von ihr erbotenen Beweis darüber auf, daß der Verklagte vor Abschluß des mit seinen Gläubigern zu Stande gekommenen Konkordates dem Handlungshause S. und F. in Frankfurt a. M. auf seine Forderung von 502 Rthlrn. außer der prozentmäßigen Dividende noch 170 Rthlr. versprochen, resp. vier Promessen zu diesem Betrage zahlbar nach Abschluß und Homologation des Konkordates behändigt, und diese Handlung hierdurch zum Beitritt des Konkordates bestimmt habe. Das Gericht erwog, daß, wenn die von der Klägerin aufgestellten, vom Verklagten aber bestrittenen Behauptungen erwiesen würden, allerdings das Konkordat als betrüglich erschlichen angesehen werden müßte, ohne daß es darauf ankommen könne, ob die Mehrsumme von 170 Rthlrn. dem Handlungshause S. und F. nur *versprochen* oder wirklich bereits aus der Masse gezahlt worden sei; und daß, wenn das Konkordat der Klägerin gegenüber sich demnach als nichtig ergeben sollte, es derselben auch gestattet sein müsse, die eingeklagte Forderung unabhängig von dem im Konkordate bewilligten Nachlasse geltend zu machen.

Die Beweisaufnahme fand statt, und erging darauf am 10. Dezember 1853 das Endurtheil, wodurch der Verklagte zur Zahlung der eingeklagten Summe mittelst Körperhaft nebst Kosten verurtheilt wurde. Das Urtheil führte aus, daß der Beweis nach dem Ergebniß der Zeugenaussagen als erbracht anzusehen sei und sagte dann, daß *daher* das zwischen dem Verklagten und seinen Gläubigern zu Stande gekommene Kon-

Digitized by Google

kordat, bei dessen Abschluß der Verklagte von der Ausstellung der Promessen keine Erwähnung gethan, als ein in betrüglicher Weise erschlichenes, dem Kläger nicht entgegengesetzt werden könne; daß auch der Umstand, daß die dem Handlungshause S. und F. ausgestellten Promessen als auf einem unerlaubten Beweggrund beruhend, ungültig und werthlos seien, ebensowenig, wie die aufgestellte, jedoch nicht erwiesene Behauptung des Mangels der Einwilligung des Verklagten bei Aufstellung der Promessen, jene Folgen aufzuheben geeignet sei.

Gegen das Interlokut sowohl als gegen das Endurtheil legte der Verklagte O. den Kassations-Rekurs ein. Vier Kassationsmittel wurden geltend gemacht. Kassationskläger behauptete nämlich:

I. Verletzung des Art. 7. des Gesetzes vom 20. April 1810 um deswillen, weil diejenigen drei Richter, welche das End-Urtheil erlassen, nicht zu dem Interlokut mitgewirkt hätten.

Die Kassationsverklagte entgegnete auf dies Mittel:

Der Art. 7. des Gesetzes vom 20. April 1810 verlange nur, könne auch natürlich nur verlangen, daß die Richter den Vorträgen beigewohnt hätten, auf welche das eben in Rede stehende Urtheil erlassen worden sei. Daß in einer Sache, in welcher mehrere Urtheile nothwendig werden, dieselben Richter zu jedem dieser Urtheile mitzuwirken hätten, verlange das Gesetz nicht.

II. Das 2. Kassationsmittel rügte Verletzung der Art. 1116. 1117. des Bürgerlichen Gesetzbuches und Art. 524. des Handelsgesetzbuches.

Angeführt wurde in dieser Beziehung: Von einem Falliten, der durch seine Gläubiger gezwungen werde, ihm nach bewirkter Homologation des Konkordats eine Nachlaßzahlung zu versprechen, könne im Sinne des Art. 1116. des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht gesagt werden: er habe das Konkordat in betrügerischer Weise erschlichen. Von einem dolus oder einer fraude könne nur die Rede sein, wenn dem Falliten eine Dissimulation de l'actif oder eine exagération du passif zur

Digitized by Google

Last falle. Er versire gegen Niemand in dolo, wenn er die Verpflichtungen eines ehrlichen Mannes erfülle, die Nachzahlungen verspreche. Thue er dies, zumal wie untergebens vi coactus, so könne hierdurch, wenn auch die Lage des zwingenden Gläubigers geändert, doch nicht die des Gezwungenen tangirt, am allerwenigsten aber in der Ausstellung der Promessen die betrügerische Erschleichung des Konkordates gefunden werden. **Pardessus, Cours de droit commercial ad art. 519.**

Sei aber das Konkordat nicht als betrüglich erschlichen im Sinne des Gesetzes zu erachten, so stehe es der Klage nach Ausweis des Art. 524. des Handelsgesetzbuchs entgegen. — Die Kassationsverklagte suchte auszuführen, daß abgesehen davon, daß es hier überhaupt von einer faktischen der Censur des Richtigkeitsrichters nicht unterliegenden Frage sich handle, darin, daß der Fallit einem einzelnen Gläubiger über die konkordatmäßige Dividende hinaus eine besondere Summe hinter dem Rücken der übrigen Gläubiger zusichere, um dadurch dessen Beitritt zum Konkordat zu erkaufen, die Verheimlichung eines Aktivums der Masse liege; daß es juristisch aber auch nicht sowohl darauf ankomme, ob der Kassationskläger ein Aktivum verheimlicht habe, als vielmehr darauf, ob er das Konkordat mit Hintergehung seiner Gläubiger dolose erschlichen, was vom Instanzrichter faktisch entschieden sei; daß jedenfalls aber auch die Voraussetzungen des auf das Konkordat, wie auf jeden andern Vertrag anwendbaren Art. 1116. des Bürgerlichen Gesetzbuches vorhanden seien, indem bei dem Konkordat der durch das Gesetz supplirte Konsens der Minorität nur auf der Gleichmäßigkeit der Vortheile und der legalen Entstehung des Konkordats beruhe, diese Voraussetzungen aber wegfielen, wo, wie im vorliegenden Falle, der Fallit das Konkordat durch heimliche Zusicherung besonderer Vortheile von einzelnen Gläubigern der Masse erlange.

Zur Stütze dieser Ansicht berief sich die Kassationsverklagte auf eine Reihe von Entscheidungen des Rheinischen Appellations-

Digitized by Google

gerichtshofes, sowie auf eine Entscheidung des Französischen Kassationshofes vom 11. Dezember 1827, und auf Pardessus, droit comm. No. 1242.

III. Kassationsmittel. Dasselbe stützte sich auf die Verletzung der Art. 1131. 1133. des Bürgerl. Gesetzbuches und Art. 524. des Handelsgesetzbuchs. Zur Rechtfertigung sagte der Kassationskläger Folgendes:

Der erste Richter erkenne selbst thatsächlich an, daß die Promessen auf einem ungültigen Beweggrunde beruhten und mithin ungültig und werthlos seien. Hierüber könne denn auch, zumal mit Rücksicht auf den diese Kontroverse endgültig beseitigenden Art. 12. § 3. des Gesetzes vom 14. April 1851 und Pardessus zu Art. 519. ff., ein Bedenken nicht wohl obwalten. Sei aber der Vertrag zwischen S. und F. ungültig, so verletzte der erste Richter die angezogenen Artikel, wenn er jenem durchaus wirkungslosen Vertrag, obgleich non entis nulla qualitas, die exorbitante Wirkung beilege, das Konkordat zu vernichten. — Die Kassationsverklagte antwortete: daß die Promessen ungültig und werthlos seien, habe der vorige Richter weder thatsächlich noch überhaupt anerkannt. In der That sei es aber auch für die Entscheidung des vorliegenden Falles eine ganz müssige Frage, ob der gesetzwidrig begünstigte Gläubiger den Falliten zur Bezahlung der Promessen zwingen könne oder nicht. Dies sei eine Frage, welche zwischen dem Gläubiger und Falliten abzumachen sei. Hier könne es nur darauf ankommen, ob das Konkordat dolose zu Stande gekommen sei, und wenn dasjenige, was über das zweite Kassationsmittel gesagt worden, als richtig betrachtet werden müsse, nämlich, daß ein Konkordat, welches nur durch eine Nebenbegünstigung einzelner Gläubiger erlangt worden, für den benachtheiligten Gläubiger unverbindlich sei; so könne diese Unverbindlichkeit nicht durch den Umstand beseitigt werden, daß die Nebenbegünstigung schließlich aus irgend einem Grunde nicht zur Realisation komme. Die Entstehungsgeschichte des Konkordats verliere den Charakter der Arglist

Digitized by Google

nicht dadurch, daß von den beiden Kolludenten der Eine den Andern überlistet habe.

IV. Kassationsmittel. Dasselbe wurde auf Verletzung der Artikel 1116. 1117. des Bürgerl. Gesetzbuches und Art. 521. des Handelsgesetzbuchs gegründet. Angenommen, es liege ein betrügerisch erschlichenes Konkordat vor, so sei doch in keiner Unterstellung die jetzige Klage gerechtfertigt. Der dolus gebe, und zwar nur dann, »lorsque les manoeuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manoeuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté, Art. 1116. des Bürgerlichen Gesetzbuchs;« ein Fall, der weder artikulirt, noch zum Beweis gestellt, nach faktisch festgestellt sei; der dolus also gebe nur Grund zu einer Nichtigkeits- oder Rescissionsklage (à une action en nullité ou en rescission), er begründe aber in keiner Weise die jetzt angestellte Klage (Arg. Art. 521. des Handelsgesetzbuches). Man könne auch nicht sagen, daß sie als das minus in der Klage des Art. 1117. enthalten sei. Werde das Konkordat vernichtet, dann sei die Möglichkeit nicht genommen, daß ein neues abgeschlossen, daß die Lage des Kassationsklägers intakt erhalten werde. Wolle Kassationsverklagte dem Handlungshause S. und F. nur gleichgestellt sein, dann könne sie nur die Ausstellung eben so werthloser und juristisch ungültiger Promessen verlangen. — Die Kassationsverklagte erwiedert hierauf: Das Handelsgericht habe durch sein Interlokut, — gegen welches ein Kassationsmittel überhaupt nicht einmal aufgestellt sei — die arglistige Handlungsweise, durch welche nach der Behauptung der Kassationsverklagten das Konkordat erschlichen worden, zum Beweise gestellt, und diesen Beweis durch sein Endurtheil für geführt erklärt. So wie es eine faktische Frage gewesen sei, ob der Beweis erbracht worden, so sei es auch eine faktische Frage, ob der Vertrag eben nur den bewiesenen Thatsachen seine Entstehung verdanke. Der Kassationskläger vermöge selbst nicht , daß der Beweis in der einen oder andern Be-

Digitized by Google

ziehung nicht erschöpfend angeordnet worden; daß er die Kriterien des dolus und die Kausalverbindung desselben mit dem Konkordate nicht vollständig umfaßt habe. Was sodann die angestellte Klage betreffe, so sei es einleuchtend, daß die Kassationsverklagte nur ihr Interesse wahrnehmen und nur ihr Recht habe verfolgen können. Sie habe nur verlangen können, daß das Konkordat ihr gegenüber für unverbindlich erklärt werde. Das Konkordat überhaupt vernichten zu lassen, dazu habe sie weder ein Recht noch ein Interesse gehabt. Insoweit noch andere Gläubiger bei dem Konkordate betheiligt seien, sei es deren Sache, ihre Rechte selbst wahrzunehmen. Kassationsverklagte habe eben durch die Anstellung der Klage ihr Recht und ihr Interesse geltend zu machen gesucht, dadurch aber auch gleichzeitig die Unverbindlichkeit des Konkordats geltend gemacht, ganz in der Weise, wie dies in den oben angeführten von der Praxis entschiedenen frühern gleichartigen Fällen geschehen sei.

Daß übrigens Kassationskläger, wenn die gegen ihn erhobene Klage begründet sei, nicht mit werthlosen Promessen zahlen könne, verstehe sich von selbst.

Das Ober-Tribunal hat den eingelegten Kassations-Rekurs verworfen.

Urtheil:

Zum ersten, auf die Verletzung des Art. 7. des Gesetzes vom 20. April 1810 gestützten Kassationsmittel:

In Erwägung, daß zwar bei dem Endurtheil vom 10. Dezember 1853 nicht die nämlichen Richter mitgewirkt haben, von welchen das Interlokut erlassen worden ist;

daß dadurch aber eine Verletzung des bezeichneten Artikels nicht begangen ist, weil diese Vorschrift nur verlangt, daß die Richter, welche eine Entscheidung erlassen, allen dieser einzelnen Entscheidung vorangehenden, die Kenntniß der Sachlage bedingenden Sitzungen beigewohnt haben, dies aber vorliegend, wo durch das Interlokut ein besonderer prozessualischer Abschnitt gebildet war, geschehen ist;

Digitized by Google

Zum zweiten Kassationsmittel, welches auf die Verletzung der Art. 1116. 1117. des Bürgerlichen Gesetzbuchs und Art. 524. des Handelsgesetzbuches gestützt ist:

In Erwägung, daß das Konkordat, als eine Art der Verträge, wegen Betruges und Arglist unter denselben Voraussetzungen angefochten werden kann, wie dies bei jedem Vertrage nach Art. 1116. der Bürgerlichen Gesetzbuchs der Fall ist;

daß namentlich keine gesetzliche Vorschrift besteht, wonach die Wirkungen des Betruges bei dem Konkordat speziell auf den Fall beschränkt wären, wenn dem Falliten dabei eine Verheimlichung des Aktiv- oder eine Uebertreibung des Passivzustandes der Masse zur Last fällt;

daß daher die desfallsige Behauptung des Kassationsklägers der gesetzlichen Stütze entbehrt;

daß auch der Umstand, daß der Kassationskläger die fraglichen Promessen zum Vortheil des Handlungshauses S. und F. nur gezwungen ausgestellt haben will, hier schon um deswillen weiter nicht in Betracht kommen kann, weil der Instanz-Richter ausdrücklich festgestellt hat, daß die Behauptung des jetzigen Kassationsklägers, zur Ausstellung der Promessen nicht frei eingewilligt zu haben, jedenfalls als bewiesen nicht anzusehen sei;

daß es vielmehr lediglich auf die Frage ankommt, ob durch die thatsächlichen Feststellungen des Instanzrichters die Annahme begründet werde, daß das zwischen dem Falliten und seinen Gläubigern abgeschlossene Konkordat durch einen Betrug im Sinne des Art. 1116. des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu Stande gebracht worden, und mithin der Kassationsverklagten gegenüber als nichtig anzusehen sei;

In Erwägung, daß der fallirte Schuldner sich nun aber in der That einer betrüglichen Handlung schuldig macht, wenn er, um die vom Gesetz zum Abschluß eines Konkordats erforderte Majorität zu erlangen, die Zustimmung eines oder mehrerer seiner Gläubiger hinter dem Rücken der übrigen durch Zu-

Digitized by Google

sicherung besonderer Geldvortheile zu gewinnen sucht, weil er auf diesem heimlichem Wege einen Nachlaßvertrag erzielen würde, den das Gesetz selbst der dissentirenden Minorität der Gläubiger nur unter der Voraussetzung auferlegt, daß die Majorität eine wahre, d. h. eine solche sei, welche unter obwaltender Gleichheit der Stellung aller Gläubiger als solcher entstanden ist, und der Minorität keine Bedingungen aufbürden will, die sie selbst zu übernehmen nicht gemeint ist;

daß dieser dolus auch ein dolus causam dans jedenfalls dann sein würde, wenn die Stimmen der mittelst der besonderen Zusicherung gewonnenen Gläubiger von solchem Einfluß auf das Konkordat gewesen wären, daß dasselbe ohne jene Stimme nicht zu Stande gekommen sein würde;

In Erwägung, daß der Instanzrichter thatsächlich festgestellt hat, daß der Kassationskläger dem Handlungshause S. und F. zu Frankfurt a. M., um dessen Beitritt zum Konkordate zu erlangen, eine nicht unbedeutende Mehrsumme außer der konkordatmäßigen Dividende durch Separatvertrag versprochen hat; daß dieses Handlungshaus nur gegen dieses Versprechen dem Konkordate beigetreten ist; und daß der Kassationskläger dadurch, daß er dieses Versprechen machte, das Konkordat zwischen ihm und seinen Gläubigern in doloser Weise erschlichen habe;

daß hierdurch also nicht nur der vom Falliten ausgegangene dolus im Allgemeinen, sondern auch zugleich in einer der Censur des Ober-Tribunals nicht unterliegenden Art thatsächlich festgestellt ist, daß das fragliche Konkordat ohne die Zustimmung des besagten Handlungshauses nicht zu Stande gekommen sein würde;

daß mithin alle Voraussetzungen vorhanden sind, welche der Art. 1116. des Bürgerlichen Gesetzbuchs zum Vorhandensein eines dolus causam dans erfordert, und folglich der Instanzrichter die von dem Kassationskläger bezeichneten gesetzlichen Bestimmungen nicht verletzte, wenn er, wie geschehen, das zwischen

Digitized by Google

diesem und seinen Gläubigern abgeschlossene Konkordat, weil es dolose erschlichen sei, dem dabei dissentirenden Kassationsverklagten gegenüber als wirkungslos erklärte;

Zu dem dritten Kassationsmittel, welches auf Verletzung der Artikel 1131. und 1133. des Bürgerlichen Gesetzbuches und des Art. 524. des Handelsgesetzbuchs abgeleitet ist:

In Erwägung, daß wenn nach der thatsächlichen Feststellung des Instanzrichters das Konkordat in betrüglicher Weise erschlichen ist, dadurch allein schon die Ungültigkeit desselben nach Art. 1116. und 1117. des Bürgerlichen Gesetzbuchs bedingt wurde, und bei Beurtheilung der Frage über die gesetzliche Entstehung des Konkordats der Umstand überall nicht in Betracht kommen kann, ob der zwischen dem Falliten und dem einzelnen Gläubiger abgeschlossene Nebenvertrag, die Zusicherung besonderer Vortheile betreffend, zu Recht bestehe oder nicht;

daß daher auch der Instanzrichter, indem er die Frage nach der Gültigkeit oder Ungültigkeit des zwischen dem Kassationskläger und dem Handlungshause S. und F. abgeschlossenen Neben-Vertrages hier für einflußlos erachtete, keine der vom Kassations-Kläger angerufenen gesetzlichen Bestimmungen verletzt hat;

Zum vierten Kassationsmittel, welches auf die Verletzung der Artikel 1116. 1117. des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Art. 521. des Handelsgesetzbuchs gestützt ist:

In Erwägung, daß, wenn man auch in der Klage, wie sie vom Kassationsverklagten erhoben ist, eine direkte Nichtigkeitsklage nicht finden könnte, doch der in der vorigen, wie in dieser Instanz von dem Kassationskläger genommene Antrag auf Abweisung der Klage nur auf die Gültigkeit des Konkordats gestützt ist, und gestützt sein kann;

daß daher der von dem Kassationsverklagten ausgegangene Angriff auf die Gültigkeit des Konkordats lediglich die jederzeit zulässige replica doli enthält, die mit der Wirkung einer Klage geltend gemacht werden konnte;

Digitized by Google

daß mithin durch die Zulassung der Klage in der angestellten Art eine Verletzung der Art. 1116. und 1117. des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Art. 521. des Handelsgesetzbuchs nicht begründet wurde; die hier aufgestellte weitere Behauptung des Kassationsklägers aber, daß jedenfalls thatsächlich ein dolus causam dans nicht festgestellt sei, nach demjenigen, was bei der Würdigung des zweiten Kassationsmittels ausgeführt wurde, als erledigt zu betrachten ist.

No. 64. — III. Senat. Sitzung v. 16. März 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Stadt- und Kreis-Gericht in Danzig.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Marienwerder.

Bekanntmachung der Ausschließung der ehelichen Gütergemeinschaft.

Die lediglich am Orte der Vollziehung der Ehe, nicht aber an dem Orte des ersten Wohnsitzes der Eheleute geschehene Bekanntmachung des Vertrages wegen Ausschließung der Gütergemeinschaft hat in Bezug auf dritte Personen keine rechtliche Wirkung. Daher bedarf es bei späterer Versetzung des Wohnsitzes der Eheleute an den Ort der vollzogenen Ehe der Wiederholung jener Bekanntmachung.*

A. L. R. I. 9. § 622. und Anh. § 75.; II. 1. §§ 352. 416. 422. 425. 426.; Gesetz No. 1792. v. 20. März 1837 § 4. (Ges.-Samml. S. 63.); Danziger Willkür Buch 1. Kap. 6. Art. 7.

Die G.schen Eheleute hatten unter dem 24. Dezember 1838 vor Eingehung der Ehe vor dem Land- und Stadtgericht zu Danzig einen Vertrag geschlossen, durch welchen die Gemein-

* Vergl. Präjudiz No. 1950. v. 28. Oktober 1847, Präj.-Samml. S. 145.

Digitized by Google

schaft der Güter und des Erwerbes ausgeschlossen, und dem Vermögen der Ehefrau die Natur des Vorbehaltenen beigelegt wurde. Es war dieser Vertrag auch im Jahre 1839 durch das gedachte Gericht vermittelst der Intelligenzblätter bekannt gemacht worden. Zur Zeit der Errichtung dieses Vertrages und der Vollziehung dieser Ehe hatte jedoch der Ehemann den Wohnsitz nicht in Danzig, sondern in Manchester in England, war dort naturalisirt und lediglich zum Zwecke der Ehevollziehung nach Danzig, dem Wohnorte seiner damaligen Braut, gekommen. Wenige Tage nach der Hochzeit hatte das G.sche Ehepaar sich nach Manchester begeben und war dort bis zum Jahre 1849 verblieben. Erst in diesem Jahre hatte G. mit seiner Ehefrau England verlassen und sich in Danzig angesiedelt, ohne daß jedoch eine wiederholte Bekanntmachung des die Gütergemeinschaft ausschließenden Vertrages erfolgte. Auf den Grund jenes Vertrages vom 24. Dezember 1838 und dessen Bekanntmachung im Jahre 1839 nahm die verehelichte G. verschiedene für den Partikulier L. wegen einer judikatmäßigen Forderung desselben an ihren Ehemann zum Betrage von 350 Rthlrn. mit Beschlag belegte Gegenstände als ihr Eigenthum in Anspruch und verlangte die Wiederaufhebung des Arrestes. — Durch die gleichlautenden Erkenntnisse erster und zweiter Instanz wurde sie angebrachtermaaßen abgewiesen.

Das Ober-Tribunal hat die von ihr eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde verworfen.

Gründe:

Im Allgemeinen ist zweifellos, daß der von Eheleuten über die Ausschließung der Gütergemeinschaft abgeschlossene Vertrag in Beziehung auf dritte Personen seine Wirksamkeit nur nach erfolgter öffentlicher Bekanntmachung äußert, und daß eben deshalb, um diese Wirkung hervorzubringen, die öffentliche Bekanntmachung des ausschließenden Vertrages unerläßlich ist.

Es folgt dies, man mag annehmen, daß in Manchester,

Digitized by Google

dem ersten Wohnsitze der G.schen Eheleute, Gütergemeinschaft besteht oder nicht, im ersten Falle aus § 426. II. 1. des Allg. Landrechts in Verbindung mit § 4. des Gesetzes vom 20. März 1837, im letzten Falle aus den §§ 352. 416. und 422. II. 1. des Allg. Landrechts.

Die Frage kann hiernach nur sein, und darauf beruhet die Entscheidung, ob die im Jahre 1839 durch das Land- und Stadtgericht zu Danzig veranlaßte Bekanntmachung des ausschließenden Vertrages dem Gesetze entspricht und geeignet ist, den Intervenien zu verpflichten.

Der Appellationsrichter hat die Frage verneint, und hierin muß demselben beigetreten werden.

Soviel ist ohne Weiteres einleuchtend, daß, wenn die gesetzlich vorgeschriebene Bekanntmachung der erfolgten Ausschließung der Gütergemeinschaft rechtliche Wirkung für dritte Personen haben soll, die Bekanntmachung in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise erfolgt sein muß; nur eine solche ist geeignet, dritte Personen zu verpflichten. In dieser Beziehung verordnet nun der § 422. II. 1. des Allg. Landrechts, daß die Ausschließung der Gütergemeinschaft in den Zeitungen oder Intelligenzblättern der Provinz zu drei Malen innerhalb vier Wochen bekannt gemacht werden soll. Welche Provinz hierunter zu verstehen, ist zwar in dem Gesetze nicht ausgedrückt; es kann aber nur diejenige Provinz oder mit Rücksicht auf § 622. I. 9. des Allg. Landrechts derjenige Distrikt des Obergerichts gemeint sein, wo die Eheleute den Wohnsitz nehmen. Es folgt dies aus § 75. des Anhanges zum Allg. Landrecht, nach welchem die Bekanntmachungen des über die Gütergemeinschaft geschlossenen Vertrages vor dem Richter desjenigen Bezirkes, innerhalb welches die Verlobten nach geschlossener Ehe ihren Wohnsitz nehmen, gehört. Es findet dieses seine Bestätigung in dem § 425. II. 1. des Allg. Landrechts, nach welchem im Falle des § 417. a. a. O., wenn also die Verlegung des Wohnsitzes in stehender Ehe von einem Orte, wo

Digitized by Google

Gemeinschaft der Güter obwaltet, an einen andern, wo sie nicht stattfindet, erfolgt, die Bekanntmachung der geschehenen Ausschließung an dem Orte des vorigen Wohnsitzes geschehen muß, woraus sich von selbst der Gegensatz ergiebt, daß in allen übrigen Fällen die Bekanntmachung an demjenigen Orte zu veranlassen ist, wo die Eheleute ihren Wohnsitz nehmen.

Zu demselben Resultate führt das Gesetz vom 20. März 1837. Durch dieses Gesetz ist zwar die bis dahin bestandene Gesetzgebung insoweit geändert, daß der Vertrag über die Aufhebung der Gütergemeinschaft nicht nothwendig bei dem persönlichen Richter abgeschlossen werden darf, sondern von jedem Richter aufgenommen werden kann. Auf die Bekanntmachung des Vertrages bezieht sich aber dieses Gesetz nicht; im Gegentheil ist der vorgedachte Grundsatz in demselben bestätigt, da nach dessen § 4. die Wirkung, daß die Gütergemeinschaft von Anfang der Ehe an ausgeschlossen bleibt, auch hinsichts dritter Personen eintreten soll, wenn bei dem Richter des Bezirks, innerhalb dessen die Eheleute nach geschlossener Ehe den Wohnsitz nehmen, binnen vier Wochen auf die öffentliche Bekanntmachung angetragen wird, und diese in der bereits gesetzlich vorgeschriebenen Weise erfolgt.

In dem vorliegenden Falle ist thatsächlich gewiß, daß die G.schen Eheleute die Ehe zwar in Danzig vollzogen, ihren Wohnsitz aber nicht in Danzig genommen haben, mit dieser Stadt und dem dort bestehenden Statutar-Rechte also in gar keine Beziehung getreten sind. Soll nun aber die Bekanntmachung des ausschließenden Vertrages durch den Richter desjenigen Bezirks erfolgen, innerhalb welches die Eheleute nach vollzogener Ehe den Wohnsitz nehmen, so folgt, daß die im Jahre 1839 durch das Land- und Stadtgericht zu Danzig veranlaßte Bekanntmachung der gesetzlichen Vorschrift nicht entspricht.

Eine den gesetzlichen Vorschriften nicht entsprechende Be-

Digitized by Google

kanntmachung ist aber nicht geeignet, irgendwie rechtliche Wirkungen hervorzubringen, sie verpflichtet Niemand, Kenntniß von ihr zu nehmen, sie ist vielmehr eine völlig bedeutungslose. Ohne daher mit den in den §§ 42. und 43. I. 3. des Allg. Landrechts aufgestellten Grundsätzen in Widerspruch zu treten, kann nicht behauptet werden, daß jene Bekanntmachung rechtliche Wirkungen zu äußern geeignet ist, als die G.schen Eheleute, nachdem sie während eines Zeitraums von zehn Jahren ihren Wohnsitz in Manchester gehabt, diesen aufgegeben und den Wohnsitz nach Danzig verlegt haben.

Zu demselben Resultat gelangt man, wenn auf Grund und Zweck der gesetzlich angeordneten Bekanntmachung des ausschließenden Vertrages zurückgegangen wird. Dieser Zweck ist, wie sich Suarez in dem amtlichen Vortrage bei der Schlußrevision des Allg. Landrechts ausspricht, wesentlich der: Das Publikum gegen Gefährdung zu sichern, denen ein Jeder durch Verhandlungen mit verheiratheten Personen, von denen er nicht weiß oder irrig glaubt, daß communio bonorum unter ihnen stattfinde, leicht blosgestellt wird. Die gesetzlichen Vorschriften sind darauf berechnet, der Abweichung vom Gesetze einen solchen Grad von Publizität zu geben, daß sie nicht leicht Jemand, der ein Interesse dabei hat, — absque supina negligentia — unbekannt bleiben könne.

Von diesem Gesichtspunkte ausgehend, kann nun zwar von Jedem, welcher bei Eingehung von Rechtsverhältnissen mit verehelichten Personen mit besonderer Vorsicht verfahren will, gefordert werden, daß er über die persönlichen Eigenschaften, welche auf die Eingehung von Rechtsverhältnissen Einfluß haben, die erforderliche Erkundigung einziehe. Eine solche Erkundigung kann aber, wie schon in dem Reskripte v. 20. Juli 1795, aus welchem der § 75. des Anhanges entnommen, bemerkt ist, füglich nicht anderswo angestellt werden, als in dem foro domicilii beider Eheleute. Dem Dritten, welcher sich mit

Digitized by Google

Eheleuten in Vertragsverhältnisse einläßt, wird hiernach kein Vorwurf zu machen sein, wenn er seine Erkundigung auf diejenigen, das Rechtsverhältniß der Eheleute näher oder entfernt berührenden Thatsachen beschränkt, welche sich ereignet haben, nachdem die Eheleute den zur Zeit des Vertragsabschlusses bestehenden Wohnsitz eingenommen haben. Dasjenige, was sich vor diesem Zeitpunkte zugetragen hat, liegt insofern ganz außer dem Kreise desjenigen, worauf der Dritte seine Aufmerksamkeit zu richten hat.

Wird daher festgehalten, daß die im Jahre 1839 erfolgte Bekanntmachung des Ausschließungsvertrages, wie schon dargethan, dem Gesetze nicht entspricht, also wirkungslos ist, so war es, als die G.schen Eheleute im Jahre 1849 ihren Wohnsitz nach Danzig verlegten, unerläßlich, jene Bekanntmachung zu wiederholen. Es ist gar nicht abzusehen, wie unter den obwaltenden thatsächlichen Verhältnissen ein Dritter auch nur auf den Gedanken hätte kommen sollen, daß die G.schen Eheleute zehn Jahre früher und zu einer Zeit, zu welcher sie mit der Stadt Danzig und dem dort bestehenden Statutarrechte in gar keine Beziehung getreten waren, die vertragsmäßig erfolgte Ausschließung der Gütergemeinschaft veröffentlicht haben.

Es ist in keiner Weise zu behaupten, daß dritte Personen, wenn sie von dieser Veröffentlichung keine Kenntniß gehabt und genommen haben, sich dabei irgend ein Versehen hätten zu Schulden kommen lassen. Damit ist nicht ausgeschlossen, daß sie gleichwohl hiervon Kenntniß gehabt haben können. Hierauf aber kommt es in dem vorliegenden Falle nicht an. Eine solche Kenntniß hat der Appellationsrichter nicht festgestellt, und ebensowenig ist dies Gegenstand der Nichtigkeitsbeschwerde geworden.

Hierdurch ist der dem Appellationsrichter gemachte Vorwurf, daß von ihm Rechtsgrundsätze, insbesondere die §§ 422–426. und 433. II. 1. des Allg. Landrechts, verletzt worden, erledigt.

Ebenso unbegründet ist auch der Vorwurf, daß Art. 7.

Digitized by Google

Kap. 6. Buch 1. der Danziger Willkür verletzt worden. Diese Vorschrift verhält sich lediglich darüber, daß Ehepakten, durch welche die Gütergemeinschaft ausgeschlossen wird, in der Regel vor Vollziehung der Ehe gerichtlich insinuirt werden müssen und nur ausnahmsweise nach diesem Zeitpunkte errichtet werden können, wenn die Eheleute von einem Orte, wo die flämische Erbgerechtigkeit nicht statt hat, den Wohnsitz nach Danzig verlegen.

Insoweit stimmt das Statutar-Recht mit dem Allg. Landrechte wesentlich überein. Der Appellationsrichter hat aber auch nicht in Zweifel gezogen, daß der Vertrag, welchen die G.schen Eheleute vor Vollziehung der Ehe abgeschlossen haben, unter diesen Eheleuten vollkommen rechtsgültig sei. Dem Vertrage ist die verbindliche Kraft nur in Beziehung auf dritte Personen abgesprochen, weil es dazu der gehörigen Bekanntmachung bedurft hätte. Ueber diese Frage enthält aber die Danziger revidirte Willkur überhaupt gar keine, am wenigsten eine ausdrückliche Bestimmung; eben deshalb müssen nach § 360. II. 1. des Allg. Landrechts die Vorschriften des Allg. Landrechts zur Anwendung kommen. Das letztere ist auch niemals in Zweifel gezogen; insbesondere enthält der § 96. des revidirten Entwurfes des Danziger Partikularrechts eine dem entsprechende Bestimmung, welche in den Motiven dieses Entwurfes als bestehendes Recht bezeichnet ist.

Die Implorantin hat sich zwar endlich noch auf das Präjudiz No. 1950. bezogen, dieses Präjudiz spricht aber gerade gegen sie. Das Präjudiz spricht aus, daß, wenn die Bekanntmachung der Ausschließung nicht binnen der gesetzlich vorgeschriebenen Frist bewirkt ist, dadurch die Ausschließung der Gemeinschaft an sich nicht die Kraft verliere, daß aber in einem solchen Falle die Ausschließung in Ansehung der von Eheleuten mit einem Dritten in der Zwischenzeit von Eingehung der Ehe bis zu jener Bekanntmachung vorgenommenen Rechtsgeschäfte in Beziehung auf diesen Dritten keine Wirkung äußere.

Digitized by Google

Dies muß sonach begreiflich noch mehr geschehen, wenn, wie in dem vorliegenden Falle, die Bekanntmachung ganz unterblieben ist.

In der Beschwerdeschrift ist zwar noch hinzugefügt, daß ein solches Rechtsgeschäft in der Beschlagnahme von den dem Ehemanne nicht gehörigen Vermögensobjekten überhaupt nicht zu finden sei. Diese Bemerkung ist jedoch hier nicht an ihrem Orte. Es handelt sich darum, ob die Intervenientin befugt ist, die gegen ihren Ehemann wegen seiner Schulden in Beschlag genommenen Effekten zurückzufordern, weil sie ihr Eigenthum sind. Wird aber mit dem Appellationsrichter angenommen, daß das zwischen den G.schen Eheleuten bestehende Rechtsverhältniß dem Imploranten gegenüber so aufgefaßt werden muß, als bestehe zwischen ihnen Gütergemeinschaft, so kann von einem Sondergute der Ehefrau nicht die Rede sein, und damit zerfällt die Eigenthumsklage von selbst.

Hiernach ist die erhobene Nichtigkeits-Beschwerde in allen Beziehungen unbegründet.

No. 65. — III. Senat. Sitzung v. 16. März 1855.

Revision.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Pr. Stargardt.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Marienwerder.

Vergütung der fehlenden Quantität der verkauften Sache.

Die für die fehlende Quantität der verkauften Sache dem Käufer zu gewährende Vergütung ist ihrem Betrage nach mit Rücksicht auf die mittlere Güte und Art der wirklich übergebenen Quantität zu bestimmen.

A. L. R. I. **11.** §§ 170. 171. 210. 211.

Der Grundbesitzer B. hatte von dem Grundbesitzer W. ein Grundstück zum Flächen-Inhalte von 4 Hufen 13 Morgen

Digitized by Google

174 □Ruthen gekauft. Nach geschehener Uebergabe des Grundstücks fand sich, daß der Flächen-Inhalt desselben von dem Verkäufer dreimal so groß angegeben worden war, als derselbe wirklich betrug. B. nahm deshalb den W. auf Zahlung von 1207 Rthlrn. als Vergütigung für die fehlende Quantität gerichtlich in Anspruch. — Durch das Erkenntniß des Appellations-Richters wurde Kläger abgewiesen, und das Ober-Tribunal hat dies Urtheil auf die Revision des Klägers bestätigt.

In den

Gründen

ist von dem Ober-Tribunal zunächst ausgeführt, daß mit den Umständen, welche den von den Parteien geschlossenen Vertrag begleitet hätten, und nach welchen Kläger vor dem Abschluß des Vertrages die Grenzen des Grundstücks umgangen und daher durch eigene Sinneswahrnehmung das Objekt, um welches es sich handelte, seinem räumlichen Umfange nach kennen gelernt hatte, die Absicht der Parteien, mehr als dies Objekt zu verkaufen, nicht zu vereinigen sei, aus diesem Grunde daher mit Rücksicht auf die §§ 212. 214. I. 11. des Allg. Landrechts das Appellations-Urtheil habe bestätigt werden müssen. Sodann heißt es weiter:

Der von dem Appellations-Richter aufgestellte Entscheidungsgrund ist dagegen mit dem Gesetze nicht in Einklang zu bringen. Der Appellations-Richter geht davon aus, daß die Verklagten zur Gewährleistung für die fehlende Quantität verpflichtet sind. In dieser Voraussetzung würde also der Kläger nach den §§ 210. u. 211. I. 11. des Allg. Landrechts berechtigt sein, Ersatz für das Fehlende zu fordern, und es würde dieser Ersatz nach der in den §§ 170. u. 171. a. a. O. aufgestellten Regel zu bestimmen sein. Gleichwohl versagt der Appellations-Richter diesen Ersatz, weil es zur Begründung der actio quanti minoris nicht blos darauf ankomme, daß die bestimmte Fläche fehle, sondern auch feststehen müsse, von welcher Beschaffenheit die fehlende Quantität sei. Das heißt aber das Gesetz indirekt

Digitized by Google

wirkungslos machen. Wenn dasselbe den Anspruch auf Ersatz gewährt, so muß auch das Mittel zu finden sein, den Ersatz in quanto zu begründen. Und dieses Mittel ist auch vorhanden. Der Ersatz wird dafür geleistet, daß die wirklich übergebenen Sache nicht die bedungene Größe hat. Also muß von der Beschaffenheit der wirklich übergebenen Sache ausgegangen, und bei der Schätzung des Fehlenden die Sache nach mittlerer Güte und Art aufgefaßt werden. Ständen daher die Umstände nicht dem Anspruche des Klägers im Wege, so würde aus den Gründen des Appellations-Richters die Zurückweisung nicht habe erfolgen können.

No. 66. — Plenum. Sitzung vom 19. März 1855.

Revision.

Gericht: I. Instanz: Kreis-Gericht in Rosenberg.
Gericht: II. Instanz: Appellations-Gericht in Ratibor.

Einwendungen gegen eine Hypothekenforderung seitens des von dem dritten Inhaber in Anspruch genommenen persönlichen Schuldners.

Der Grundsatz, daß dem dritten Inhaber einer Hypothekenforderung Einwendungen, welche nicht binnen vier Wochen nach der Eintragung dieser Forderung in dem Hypothekenbuche vermerkt sind, nicht entgegengesetzt werden können, findet nur auf den Fall der Verfolgung des Hypothekenrechts als solches Anwendung. Nach erfolgter Löschung des Hypothekenrechts oder rücksichtlich des Falls der Verfolgung des demselben unterliegenden persönlichen Forderungsrechts ist dagegen das Rechtsverhältniß des Schuldners zu dem dritten Inhaber lediglich nach den von Cessionen nicht eingetragener Forderungen — §§ 407. ff.

Digitized by Google

I. 11. des Allgem. Landrechts — geltenden Grundsätzen zu beurtheilen.*

A. L. R. I. 20. §§ 422-426. 11. §§ 407. ff.

Der Gutsbesitzer Friedrich L. verkaufte mittelst Vertrages vom 6. Oktober 1844 sein Gut Bukowitsch an den Premierlieutenant S., welcher die in dem Vertrage namentlich aufgeführten, auf dem Gute haftenden Hypotheken, zu welchen auch eine Forderung des Gottlieb L. an den Verkäufer Friedrich L. zum Betrage von 3000 Rthlrn. gehörte, in Anrechnung auf die Kaufgelder übernahm. Die zuletzt gedachte Forderung wurde von dem S. berichtigt und sodann, nachdem er sich dieselbe von dem Gläubiger Gottlieb L. hatte cediren lassen, weiter cedirt und gelangte hierdurch zuletzt an den Gutsbesitzer R. Dieser erlitt bei der demnächstigen Subhastation des inzwischen ebenfalls mehrfach verkauften Guts Bukowitsch einen Ausfall von mindestens 1700 Rthlrn., welchen er hierauf von dem Friedrich L., als dem persönlichen Schuldner, erstattet verlangte. — Der Verklagte machte mit Rücksicht auf den Kaufvertrag vom 6. Oktober 1844 den Einwand der Tilgung der Obligation. — Der Richter erster Instanz erkannte nach dem Klageantrage, wogegen der Richter zweiter Instanz den Kläger abwies.

Das Plenum des Ober-Tribunals hat auf die Revision des Klägers das zweite Urtheil bestätigt aus nachstehenden

Gründen:

Die aus dem Kaufkontrakte vom 6. Oktober 1844 entnommene Einwendung des Verklagten ist mit Recht von dem Appellationsrichter für begründet erachtet worden. Zwar erwarb der erste Cessionarius S., als er das auf seinem Gute hypothekarisch haftende Aktivum sich cediren und ungelöscht stehen ließ, die Forderung selbst, nicht eine bloße Stelle im Hypo-

* Vergl. Justiz-Ministerialblatt für 1855 S. 126.; Präjudiz No. 815. vom 22. Februar 1840, Präjudizien-Sammlung S. 116. und Entscheidungen Bd. 5. S. 372.

Digitized by Google

thekenbuche, indem nach § 52. des Anhangs zum Allg. Landrecht und der Deklaration vom 3. April 1824 (Ges.-Samml. S. 37.) die Konfusion in dieser Beziehung ausgeschlossen blieb, wie dies in den Plenarbeschlüssen vom 27. Mai 1839 (Entscheidungen Bd. 5. S. 51.) und vom 9. Januar 1846 (Entscheidungen Bd. 12. S. 59.) entwickelt worden ist. Demzufolge konnte das Aktivum Gegenstand weiterer Cession werden, wie es dies denn auch geworden und aus den Kaufgeldern, soweit sie reichten, zur theilweisen Hebung gekommen ist.

Wenn nun auch als fernere Konsequenz jener Grundsätze mit dem Präjudize No. 1436. (Samml. S. 95.) angenommen wird, daß die solchergestalt fortexistirende Forderung nicht blos gegen das Grundstück selbst, sondern auch gegen den persönlichen Schuldner verfolgt werden kann, so folgt daraus doch nur die Zulässigkeit des gegenwärtig erhobenen Anspruchs an und für sich; es werden aber die dem beanspruchten persönlichen Schuldner gegen die Forderung zuständigen Einreden keineswegs ausgeschlossen. Nach dem Plenarbeschlusse vom 14. Februar 1842 (Entscheidungen Bd. 7. S. 298) wird der Käufer durch die Uebernahme der hypothekarischen Schulden auf die Kaufgelder dem Verkäufer persönlich verpflichtet, Zahlung der übernommenen Posten zu leisten, oder die Befreiung des Verkäufers von seiner Verbindlichkeit zu bewirken. Dieser kontraktlichen Verpflichtung genügte der S., als er den Gläubiger der fraglichen 3000 Rthlr. befriedigte; es stand dies einer Zahlung der Kaufgelder respektive des entsprechenden Theiles derselben an den Verkäufer völlig gleich. Die Einforderung derselben persönlichen Forderung, von welcher der Schuldner und Verkäufer kontraktmäßig zu liberiren war, würde daher, wäre sie von dem Käufer S. selbst geschehen, einen dolus der kontraktlichen Verpflichtung gegenüber involviren. Er hatte das Aequivalent jener Schuldentilgung in dem Grundstücke erhalten, konnte und wollte er weder dies zurückgeben, noch den entsprechenden Theil derselben nachzahlen, so war die Geltend-

Digitized by Google

machung der getilgten Forderung nicht vereinbar mit dem Bestehen des Kontrakts, zu dessen Erfüllung eben jene Schuldentilgung gehörte.

Wie nun aber hiernach dem S. selbst die Einwendung aus dem Kaufkontrakte entgegengesetzt werden konnte, so ist dies vermöge des allgemeinen Grundsatzes des § 407. I. 11. des Allg. Landrechts auch dem folgenden Cessionarius des Käufers S. und allen dessen Nachfolgern, auch dem Kläger, gegenüber statthaft, da es sich hier von einer Einwendung handelt, welche die Tilgung der Obligation selbst zum Gegenstande hat. Nur mit der Einschränkung, welche sich aus der von der Befriedigung des Gläubigers unzertrennlichen kontraktlichen Pflicht ergiebt, konnte S. die Forderung weiter cediren. Diese Einschränkung hinderte die Geltendmachung der Forderung in dem Werthe des verhafteten Grundstücks nicht, da dieser den Verkäufer nach abgeschlossenem Verkaufe nicht mehr interessirte; sie giebt aber eine peremtorische Einwendung gegen jeden auf die persönliche Haftbarkeit des Schuldners gerichteten Angriff. Dabei greift hier die Ausnahme des § 316. I. 16. des Allgem. Landrechts schon deshalb nicht Platz, weil von einer Kompensations-Einrede gar nicht die Rede ist. Der § 52. des Anhangs steht aber nicht entgegen, indem, wenn auch die fragliche Einwendung unter dem Gesichtspunkt der Konfusion aufgefaßt wird, was übrigens nach obiger Ausführung nicht einmal zu geschehen braucht, dieser Gesichtspunkt doch hier ein von dem allgemeinen des § 52. verschiedener sein, nämlich seine Grundlage in der speziellen kontraktlichen Verpflichtung des Käufers haben würde. Der Revident setzt der fraglichen Einwendung des debitor cessus dem Cessionar gegenüber vornämlich entgegen, daß sie nicht in das Hypothekenbuch eingetragen, noch dem Cessionar kund gethan worden, gemäß der Vorschriften der §§ 423–426. I. 20. des Allgem. Landrechts, welche nicht blos bei Verfolgung des Hypothekenrechts, sondern auch bei derjenigen des persönlichen Forderungsrechts Anwendung finden.

Digitized by Google

Diese ausgedehnte Anwendbarkeit der gedachten Vorschriften ist zwar dem Buchstaben nach in einer anderen Sache von dem dritten Senate des Ober-Tribunals ausgesprochen worden, was zur Verweisung vorliegender Sache an das Plenum Anlaß gegeben hat. Es kann aber dieser Ansicht nicht beigepflichtet, es muß vielmehr das früher entgegengesetzte Präjudiz No. 815. (Sammlung S. 116., Entscheidungen Bd. 5. S. 372.) aufrecht erhalten werden.

Jene Vorschriften, schon nach ihrer Stellung im Titel vom Pfandrechte, beschäftigen sich nicht damit, Etwas über das Erlöschen von Einwendungen gegen persönliche Forderungen anzuordnen, und die allgemeine Rechtstheorie über die Stellung des debitor cessus dem Cessionar gegenüber in dieser Beziehung zu ändern. Sie haben ihre Grundlage lediglich in der Beförderung des Realkredits, der fides des Hypothekenbuchs. Die Realisirung der Forderung aus dem Grundstücke, soweit der locus dazu ein Recht giebt, soll dem intabulirten Gläubiger gewährt werden.

Diesem Prinzipe zu Gunsten erhält der § 407. I. 11. des Allgem. Landrechts eine Modifikation, und muß der debitor cessus seine nicht eingetragenen und nicht kund gethanen Einwendungen aufopfern. Aber über dieses Prinzip hinaus, dem persönlichen Anspruch gegenüber, bleibt kein Raum für die Anwendung jener Vorschriften. Daß sie nur auf das Realrecht bezüglich sind, nicht Platz greifen, wo dies nicht verfolgt wird, wo es sogar, wie im vorliegenden Falle, durch Löschung aufgehört hat, zeigt schon die Wortfassung der §§ 424. u. 426. a. a. O., welche ausdrücklich die Qualität der Forderung, als einer eingetragenen, hervorheben. In gegenwärtiger Sache würden die §§ 423 — 426. direkt nicht einmal Anwendung finden, da sie sich auf Einwendungen gegen die „Gültigkeit“ des eingetragenen Anspruchs beziehen, welche der Schuldner nach den §§ 424. 425. vier Wochen nach Eintragung der Post im Hypothekenbuche vermerken lassen muß. Von einer

Digitized by Google

solchen Einwendung handelt es sich hier nicht: es soll vielmehr die an und für sich gültige, zur Zeit der Eintragung bestehende Forderung viele Jahre nach der Eintragung getilgt worden sein. Insofern also dem Verklagten die Unterlassung der Eintragung eines Vermerks im Hypothekenbuche vorgeworfen wird, könnte dies möglicherweise nur den Vermerk des Widerspruchs betreffen, welchen nach § 523. I. 20. des Allg. Landrechts der Schuldner bei geschehener Tilgung, aber nicht erfolgter Löschung der Forderung im Hypothekenbuche vermerken lassen muß.

Aber auch auf diesen Vermerk findet das oben über die §§ 423 — 426. Ausgeführte volle Anwendung. Der Vermerk hat lediglich und allein Bezug auf die Forderung als eine eingetragene; er bezweckt, die Nachtheile abzuwenden, welche nach § 522. a. a. O. für den Schuldner entstehen können aus „Verhandlungen eines Dritten, worin derselbe mit dem eingetragenen Gläubiger redlicherweise auf den Gläubiger des Hypothekenbuchs unter Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften sich eingelassen hat.“ Der Glauben des Hypothekenbuchs soll den Realkredit im vollen Umfange, daher das Eigenthum des eingetragenen Besitzers sowohl, als die Richtigkeit und Validität der eingetragenen Post in Bezug auf deren Geltendmachung aus dem Werthe des Grundstücks, gewähren, hat aber mit den gegen die Person und das sonstige Vermögen des Schuldners zu erhebenden Ansprüchen Nichts zu schaffen.

In letzterer Beziehung existirt eben neben den Realansprüchen die Qualität der Forderung als einer persönlichen mit allen deren rechtlichen Folgen, also auch mit derjenigen, daß die Einrede der Tilgung dem Cessionar zufolge § 407. I. 11. des Allg. Landrechts entgegengesetzt werden kann.

Digitized by Google

No. 67. — Plenum. Sitzung vom 19. März 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Genthin.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Magdeburg.

Dingliches Recht des Hypothekengläubigers an früher veräußerten Gutsparzellen.

Das dingliche Recht des Hypothekengläubigers erstreckt sich auch auf einen in dem Hypothekenbuche nicht besonders aufgeführten Theil der Substanz des verpfändeten Grundstücks, welches schon vor der Eintragung der Hypothek in das Eigenthum eines Dritten übergegangen, aber in diesem Zeitpunkte vom Hauptgute im Hypothekenbuche noch nicht abgeschrieben war.*

A. L. R. I. **20.** §§ 410. 443., **10.** § 7.

Die §§ 410. 443. I. 20. des Allg. Landrechts bestimmen:

§ 410.: Jede auf den Grund eines an sich rechtsgültigen Titels gegen den eingetragenen Besitzer erfolgte Hypothekenbestellung behält ihre Kraft, wenn sich gleich in der Folge findet, daß dieser Besitzer nicht der wahre Eigenthümer gewesen sei.

§ 443.: Das dingliche Recht des Hypothekengläubigers erstreckt sich auf das ganze Grundstück und alle zur Zeit der Eintragung dabei befindlichen Pertinenzstücke.

Rücksichtlich solcher unbeweglicher Pertinenzstücke hat das Ober-Tribunal (Vergl. das Erkenntniß des III. Senats vom 20. Januar 1854 Bd. 11. S. 352. dieses Archivs) den Grundsatz angenommen:

das dingliche Recht des Hypothekengläubigers erstreckt sich nicht auf die im Hypothekenbuche des Hauptguts nicht aus-

* Vergl. Justiz-Ministerialblatt für 1855 S. 119.; Archiv für Rechtsfälle Bd. 9. S. 51. u. Bd. 11. S. 352, und dagegen die Justizministerial-Reskripte vom 9. Februar, 24. März, 6. August und 19. Oktober 1840. (Justiz-Ministerialblatt für 1840 S. 46. 127. 278. 352.)

Digitized by Google

drücklich vermerkten, vor der Eintragung der Hypothek durch Veräußerung von dem Hauptgute getrennten unbeweglichen Pertinenzstücke, wenngleich deren Abschreibung nicht erfolgt ist;

wogegen rücksichtlich einzelner unbeweglicher Substanztheile von dem Ober-Tribunal (vgl. die Entscheidungen des III. Senats vom 14. März 1853 und vom 20. Januar 1854 Bd. 9. S. 51. und Bd. 11. S. 352. dieses Archivs) bisher die Grundsätze festgehalten worden sind:

die Veräußerung aber nicht erfolgte Abschreibung einzelner Theile des Areals eines Grundstücks ist nach den Grundsätzen der Trennung von Pertinenzien nicht zu beurtheilen.

Das dingliche Recht des Hypothekengläubigers erstreckt sich auch auf die als Bestandtheile zu dem verpfändeten Gute gehörig gewesenen und von dem Besitzer vor der Eintragung der Hypothek veräußerten, aber in dem Hypothekenbuche von dem Gute nicht abgeschriebenen Parzellen, ohne Unterschied, ob sie auf dem Hypothekenfolium des Guts besonders vermerkt sind, oder nicht.

Diese Grundsätze sind bei der Beurtheilung eines jüngeren Rechtsfalles bei dem Ober-Tribunal anderweitig zur Sprache gekommen.

Dem Rittergute R. war durch den Separations-Rezeß vom 8. März 1771 gegen Austauschung anderer Grundstücke ein Wiesenfleck als Substanztheil zugefallen, dessen Eigenthum auf Grund des Reverses vom 13. Oktober 1817 und hinzugetretener Verjährung — mindestens seit 1834 auf den S. resp. dessen Nachfolger übergegangen war. Es war dies Parzel weder auf dem Hypothekenfolium des Gutes R. besonders vermerkt, noch auch war es daselbst abgeschrieben worden. Bei dem über das Vermögen des letzten Besitzers dieses Parzels, des Bauers S., ausgebrochenen Konkurs wurde dasselbe subhastirt, worauf gegen die desfallsige Kaufgeldermasse zum Betrage von 323 Rthlrn. 21 Sgr. der-

Digitized by Google

Graf von W. ein auf dem Hauptgute R. im Jahre 1844 eingetragenes und bei dessen Subhastation ausgefallenes Hypothekenkapital von 10,000 Rthlrn. geltend machte. Der S.'sche Konkurskurator erkannte den Anspruch des von W. nicht an, nahm vielmehr die Kaufgelder für die S.'sche Konkursmasse in Anspruch. Der Richter erster Instanz wies den klagenden Konkurs-Kurator ab. Der Appellationsrichter verwarf dagegen den Anspruch des Verklagten von W., weil der Wiesenfleck zur Zeit der Eintragung des Kapitals der 10,000 Rthlr. bereits Eigenthum des neuen Erwerbers gewesen, und weil der § 443. I. 20. des Allgem. Landrechts sowohl auf Substanztheile als auf Pertinenzien Anwendung finde.

Der Verklagte legte die Nichtigkeitsbeschwerde ein. Der zur Entscheidung kompetente Senat des Ober-Tribunals stimmte der Ansicht des Appellationsrichters bei, gerieth aber hierbei mit den oben angeführten, früher in Anwendung gebrachten Grundsätzen in Konflikt, weshalb das Plenum sich der Entscheidung unterzog. Dasselbe hat das Appellations-Urtheil vernichtet und das erste Urtheil bestätigt.

Gründe:

Das Eigenthum eines abgetretenen Substanztheils wird allerdings durch die Uebergabe an den neuen Erwerber oder jeden anderen geeigneten modus des Eigenthumserwerbs auch ohne stattgefundene Abschreibung im Hypothekenbuche erworben, und es ist ferner richtig, daß nach § 15. I. 20. des Allgem. Landrechts die Pfandbestellung die Verfügungsberechtigung über die verpfändete Sache voraussetzt, und nach § 72. a. a. O. eine fremde Sache nur mit Einwilligung des Eigenthümers verpfändet werden darf. Allein diese allgemeinen Grundsätze finden bei ihrer Anwendung auf Hypothekenrechte eine nothwendige Modifikation durch die Natur des Preußischen Hypothekensystems, welches dem eingetragenen Gläubiger nicht blos die Priorität seiner Forderung, sondern auch die Realität des

Digitized by Google

in dem öffentlichen Hypothekenbuche eingetragenen Eigenthums der verpfändeten Sache garantirt.

Dem entsprechend wird nach § 7. I. 10. des Allg. Landrechts der im Hypothekenbuche eingetragene Besitzer in allen mit einem Dritten über das Grundstück geschlossenen Verhandlungen als der Eigenthümer angesehen, und es behält zufolge § 410. I. 20. jede auf den Grund eines an sich rechtsgültigen Titels gegen den eingetragenen Besitzer erfolgte Hypothekenbestellung ihre Kraft, wenngleich sich in der Folge findet, daß dieser nicht der wahre Eigenthümer gewesen. Garantirt wird hierdurch dem Hypothekengläubiger das Eigenthum des Hypothekenbestellers nicht an einem unbestimmten Etwas, sondern an dem im Hypothekenbuch auf dem betreffenden Folium eingetragenen Grundstück. Was aber vom Ganzen desselben gilt, das muß auch von allen Theilen gelten, aus denen das Ganze besteht, denn entgegengesetzten Falls würde durch successive Veräußerungen der Theile das Ganze verschwinden können und damit der § 410., die nothwendige Grundlage des Realkredits nach Preußischem Systeme, illusorisch werden. Darum ordnet auch die Hypothekenordnung an, daß alle Veränderungen, welche mit einem Theile oder Zubehör eines Grundstücks durch Veräußerung vor sich gehen, im Hypothekenbuche vermerkt werden, daß eine Abschreibung erfolgen soll, — Hypothekenordnung I. §§ 35. ff., II. § 91. Was nicht abgeschrieben worden und zur Zeit der Anlegung des Hypothekenfolii Theil des auf demselben vermerkten Grundstücks gewesen ist, das muß dem Glauben des Hypothekenbuchs zufolge gegenüber dem eingetragenen Hypothekengläubiger fortwährend als Theil desselben betrachtet werden. Die etwa stattgefundene Veräußerung des nicht abgeschriebenen Theils ist darauf eben so einflußlos, als es die Veräußerung des Ganzen ohne stattgefundene Besitztitelberichtigung sein würde.

Ob die einzelnen Theile, aus denen das auf dem Folium unter einem Kollektiv-Namen vermerkte Grundstück besteht, als

Digitized by Google

solche besonders eingetragen stehen, ist ohne Bedeutung hierbei. Das Hypothekenwesen beruht allerdings bei mangelnder Katastrirung auf einer unvollkommenen Basis, indem sich aus dem Folium selbst der Territorial-Umfang des Guts nicht übersehen läßt. Dies nöthigt den Gläubiger, zur Beurtheilung der Sicherheit sich zu erkundigen nach dem Komplexus von Grundstücken, welcher zur Zeit der Anlegung des Folii unter dem Namen des Guts besessen wurde, da dieser Komplexus eben dasjenige ist, worüber das Folium sich verhält. Der Glaube des Hypothekenbuchs überhebt aber den Gläubiger der weiteren oft gar nicht ausführbaren Nachforschung nach denjenigen Veräußerungen von Parzellen, die später möglicherweise durch Privat-Urkunden stattgefunden haben. Für ihn existiren diese Veränderungen nicht, da das Folium dieselben nicht ergiebt. Freilich bringt die mögliche Verschiedenheit des wahren Eigenthümers von dem eingetragenen manche nicht blos in gegenwärtiger Materie hervortretende Uebelstände hervor, und diese sind durch die Aufhebung der Zwangs-Besitztitelberichtigung (Kabinetsorder vom 31. Oktober 1831) noch sehr vermehrt worden. Die Nachtheile, welche ein Parzellen-Erwerber hierdurch dem Gläubiger gegenüber erleiden, übrigens durch zeitiges Betreiben der Abschreibung oder Vermerk einer Protestation der Regel nach vermeiden kann, dürfen aber keinen Grund abgeben, um die ganze Basis des Hypothekensystemes aufzugeben, und das Objekt der Haftbarkeit der Hypothekenforderung in etwas gänzlich Unbestimmtes aufzulösen.

Nach diesen Grundsätzen erwirbt also der Gläubiger durch die Eintragung sein dingliches Recht auf denjenigen Bestand der Substanz des Grundstücks, welcher das Hypothekenfolium ergiebt. Entgegenstehende positive Bestimmungen existiren auch nicht. Man sucht sie vergeblich in dem § 467. a. a. O., der verordnet:

„das Recht eines Hypothekengläubigers erstreckt sich in Ansehung seiner ganzen Forderung sowohl auf das Ganze, auf

Digitized by Google

welche daſſelbe durch die Eintragung beſtellt worden, als auf die einzelnen Theile deſſelben.

Hierdurch wird gerade der oben geltend gemachte Grundſatz: daß das Ganze nur in ſeinen Theilen beſteht, mithin die Theile wie das Ganze haften, hervorgehoben. Darüber aber, inwiefern ein Theil als getrennt vom Hypothekenfolium anzuſehen, ſagt dieſe Geſetzesſtelle Nichts; dies iſt nach den beſtehenden Einrichtungen des Hypothekenweſens zu beurtheilen. Es kann nicht die Abſicht geweſen ſein, durch den § 467. die Wirkſamkeit des § 410. zu beeinträchtigen. Einen Anhaltspunkt dafür, daß die faktiſch getrennten, wenn auch nicht abgeſchriebenen Theile des Grundſtücks dem Gläubiger nicht haften, giebt der § 467. in keiner Weiſe. Der § 443. ſagt:

> das dingliche Recht des Hypothekengläubigers erſtreckt ſich auf das ganze Grundſtück und alle zur Zeit der Eintragung dabei befindlichen Pertinenzſtücke.

Hier wird, was im § 467. nicht geſchieht, die Zeit der Eintragung beſonders hervorgehoben, und es iſt aus dieſen und anderen Gründen rückſichtlich der Pertinenzien in mehreren Entſcheidungen des Ober-Tribunals angenommen worden, daß die zur Zeit der Eintragung getrennten, wenn auch nicht abgeſchriebenen Pertinenzien dem Hypothekenrechte des Gläubigers nicht unterworfen ſind. Dieſe Frage liegt jetzt nicht vor. Gewiß iſt aber, daß der §. 443., der nur von Pertinenzien handelt, jedenfalls auf Subſtanztheile keine Anwendung findet. Der geſetzliche Unterſchied zwiſchen Pertinenzien und Subſtanztheilen beſteht fortwährend, und wenn der Appellationsrichter ſagt, es ſei nicht abzuſehen, warum, was der § 443. von Pertinenzien vorſchreibe, nicht von Subſtanztheilen gelten ſolle, ſo erledigt ſich dies einfach durch die Exiſtenz des § 467., welcher die Norm für Subſtanztheile enthält und nichts Abweichendes von den Grundſätzen vorſchreibt, die oben aus den Hypothekengeſetzen entwickelt ſind.

Die Beſchwerde wegen Verletzung des § 443. I. 20. des

Digitized by Google

Allgemeinen Landrechts erscheint mithin begründet. In der Sache selbst führen dieselben Gründe zur Bestätigung des ersten Erkenntnisses, welches den Anspruch der S.'schen Konkursmasse auf das Kaufgeld des abgetrennten Wiesenflecks abgewiesen hat.

No. 68. – IV. Senat. Sitzung v. 20. März 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Brandenburg.
Gericht II. Instanz: Kammer-Gericht.

Mangelnde Jahreszahl bei einem Tagwechsel.

Bei einem Tagwechsel bedarf es stets der Hinzufügung des Zahlungs-Jahres, wenn dasselbe aus dem übrigen Inhalte des Wechsels nicht mit Gewißheit hervorgeht.*

Allg. Deutsche Wechsel-Ordnung Art. 4. No. 4., Art. 96. No. 4.

Der Kaufmann G. in Brandenburg hatte einen unter dem 2. Dezember 1854 auf ihn gezogenen Wechsel des Inhalts: „am 3. Januar zahlen Sie für diesen Prima-Wechsel an die Order von mir selbst die Summe von 226 Rthlrn. 20 Sgr." acceptirt und wurde, als am 3. Januar 1855 keine Zahlung erfolgte, von den Banquiers G., als Inhabern des Wechsels, wechselmäßig auf Zahlung in Anspruch genommen. Er widersprach dieser Klage, weil der Wechsel keine bestimmte Zahlungszeit enthalte, und wurden auch aus diesem Grunde die Kläger durch das reformatorische Urtheil zweiter Instanz abgewiesen.

Das Ober-Tribunal hat auf die von den Klägern eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde

* Vergl. Archiv für Rechtsfälle Bd. 11. S. 218.

Digitized by Google

für Recht erkannt:

daß,

da die Angabe der bestimmten Zeit, zu welcher gezahlt werden soll, bei Dato-Wechseln mithin die Angabe des bestimmten Tages, nach Artikel 4. No. 4. der Wechsel-Ordnung zu den die Gültigkeit des gezogenen Wechsels bedingenden Erfordernissen gehört, die in dem eingeklagten Wechsel enthaltene Erklärung: „am 3. Januar zahlen Sie", wegen des Mangels der Jahreszahl der erforderlichen Gewißheit und Bestimmtheit entbehrt, die Bestimmtheit und Gewißheit dafür, daß der 3. Januar 1855 der Zahlungstag sei, im vorliegenden Falle auch nicht durch die nach Monat und Jahr — 2. Dezember 1854 — verschiedene Ausstellungszeit des Wechsels hergestellt wird, diese Verschiedenheit vielmehr dem nur durch den Inhalt des Wechsels zu beseitigen gewesenen, im vorliegenden Falle aber nicht beseitigten Zweifel Raum giebt, ob der 3. Januar 1855 oder der 3. Januar eines folgenden Jahres als Zahlungstag gewollt ist, hierin aber der vorliegende Fall sich wesentlich von der in der Nichtigkeitsbeschwerde in Bezug genommenen früheren Entscheidung des Ober-Tribunals vom 16. Februar 1854 unterscheidet, demnach die Rüge der Verletzung des Artikels 4. No. 4. und des Artikels 96. No. 4. der Wechsel-Ordnung, sowie der Verletzung des Rechtsgrundsatzes: „daß es bei einem Tag-Wechsel der Zufügung der Jahreszahl des Verfalltages dann nicht bedarf, wenn diese sich anderweit aus dem Inhalte des Wechsels ergiebt", für begründet nicht erachtet werden kann, aus diesen Gründen —

die Nichtigkeitsbeschwerde zurückgewiesen.

Digitized by Google

No. 69. — IV. Senat. Sitzung v. 27. März 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Rybnick.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Ratibor.

Einklagung der Nachlaßforderungen durch einzelne Miterben vor getheilter Erbschaft.

Vor getheilter Erbschaft ist auch ein Theil der mehreren Miterben befugt, die zum Nachlasse gehörenden Aktiva einzuklagen, wenn der Antrag auf Einzahlung derselben zur Nachlaßmasse gerichtet ist.

A. L. R. I. 17. §§ 4. 10. 11. 115. 151.

Bei Belegung der Kaufgelder einiger subhastirter Gärtnerstellen liquidirten die Erben des Präsidenten Z. mit Ausnahme einer Miterbin, der verwittweten B., an rückständigem Grundzins und Dienstgeld 86 Rthlr. und beantragten deren Zahlung zur Präsident Z.'schen Nachlaßmasse zum gerichtlichen Depositorium. — Der Vormund der zunächst ausgefallenen Hypothekengläubigerin Alexandra v. B. widersprach dem Liquidate und bestritt präjudiziell den als Liquidanten aufgetretenen Z.'schen Erben die Aktivlegitimation, weil sie nach § 151. I. 17. des Allgem. Landrechts nur mit Zuziehung ihrer Miterbin Wittwe B. zur Einziehung der streitigen Aktiva berechtigt seien. — Die beiden Vorrichter sprachen auch auf Grund dieses Präjudizial-Einwandes die zum Depositorium eingezahlten streitigen 86 Rthlr. der Alexandra v. B. zu.

Das Ober-Tribunal hat das Appellations-Erkenntniß vernichtet und unter Verwerfung des Präjudizal-Einwandes die Sache zur Erörterung und anderweitigen Entscheidung in die erste Instanz verwiesen, — aus folgenden

Gründen:

Nach den in dem Plenarbeschlusse des Ober-Tribunals vom

Digitized by Google

1. Dezember 1851 (Entscheidungen Band 22. S. 136. ff.) aus den §§ 86. 89. der Einleitung, dem § 382. I. 9. und den §§ 4. 10. 11. 115. ff. I. 17. des Allgem. Landrechts näher entwickelten Grundsätzen kann vor der Erbtheilung ein einzelner Miterbe ohne Zuziehung der übrigen zwar einerseits seinen ideellen Antheil, oder einen einzelnen, zum Nachlasse gehörenden Gegenstand, sei es eine Sache oder ein Recht, als sein alleiniges und ausschließliches Eigenthum nicht in Anspruch nehmen, oder einklagen, um sich in den alleinigen Besitz desselben zu setzen, weil dadurch das Interesse seiner Miterben beeinträchtigt werden könnte, und der Verklagte nicht gehalten wäre, sich mit ihm allein einzulassen; es kann aber andererseits ihm durch den Widerspruch eines oder mehrerer Miterben, oder durch Versagung der Theilnahme sein Recht an dem Inbegriffe des Nachlasses nicht geschmälert oder verkümmert werden, weil die übrigen Mitberechtigten auch nicht einmal durch Stimmenmehrheit ihn in seinem Rechte beeinträchtigen dürfen, — § 11. I. 17. a. a. O. Er ist daher auch zu allen Maaßregeln und Verfügungen berechtigt, welche nur die Feststellung, Erhaltung oder Sicherung der Erbschaft bezwecken. Dieses Recht gehört zu den Individualrechten des einzelnen Mitberechtigten. Er kann deshalb auch ohne Zuziehung der übrigen sein Interesse selbstständig verfolgen, insoweit er dadurch nicht die Rechte der übrigen beeinträchtigt.

Nur so ist die allgemeine Vorschrift des § 151. a. a. O. aufzufassen. Dieses Gesetz will nur verhindern, daß ein einzelner oder mehrere Miterben ein Nachlaßaktivum vor getheilter Erbschaft für sich einziehen. Keinesweges aber bezweckt es, einem einzelnen Miterben, der ja auch der Schuldner selbst sein kann, durch seinen Widerspruch gegen die Einziehung oder durch seine bloße Nichtbetheiligung an derselben zu gestatten, die Einziehung eines Nachlaßaktivi, selbst ad depositum zur Nachlaßmasse, unmöglich zu machen, und dadurch vielleicht dessen Verlust herbeizuführen, oder den Nachlaßschuldner blos

Digitized by Google

deswegen, weil einer oder einige der Miterben an der Einziehung nicht Theil nehmen, von der Berichtigung einer fälligen Schuld, mindestens auf Zeit, zu entbinden. Die Rechte des oder der an der Einziehung nicht Theil nehmenden Miterben werden dadurch nicht beeinträchtigt und hinlänglich gewahrt, wenn die Einzahlung der Schuld ad depositum zur Nachlaßmasse geschieht.

Nach dem vom Appellations-Richter festgestellten Sachverhältnisse ist neben den Klägern nur noch eine einzige Miterbin vorhanden, welche, resp. deren Rechtsnachfolgerin, der Klage nicht beigetreten ist, und die Kläger haben die Einzahlung der Streitmasse zur Präsident Z.'schen Nachlaßmasse beantragt. Wenn nun auch dieser Antrag lediglich auf Grund des § 151. a. a. O. zurückgewiesen ist, und die Kläger deshalb als nicht zur Sache legitimirt angesehen sind, so hat der Appellations-Richter den § 151. a. a. O. durch unrichtige Anwendung verletzt und auch gegen die vorallegirten Gesetze gefehlt. Die auf solche Verletzung gegründete Nichtigkeitsbeschwerde ist daher begründet.

No. 70. — I. Senat. Sitzung vom 4. April 1855.

Revision und Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Freistadt.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Glogau.

Ermittelung des Pflichttheils mit Rücksicht auf die Kollation einer Ausstattung und von Geschenken. — Verzinsung des Pflichttheils.

a. Behufs Ermittelung des Betrages des Pflichttheils eines Kindes sind, ohne Unterschied ob nur ein Kind oder mehrere Kinder vorhanden sind, die dem Pflichttheilsprätendenten gegebene Ausstattung und die im § 328. II. 2. des Allgem. Landrechts beschriebenen Geschenke auf den

Digitized by Google

Pflichttheil oder die denselben bildende Quote des gesetzlichen Erbtheils in Anrechnung zu bringen.

A. L. R. II. 8. § 393.

b. Der Notherbe ist von seinem Erbtheile Verzugszinsen zu fordern nicht berechtigt.

A. L. R. I. 9. §§ 367. 368., 13. § 263., 17. § 117.

Der Rittergutsbesitzer Karl R. hielt sich durch die Bestimmungen des Testaments seines am 23. April 1847 verstorbenen Vaters, nach welchem ihm aus dessen Nachlasse nur 750 Rthlr. verabreicht werden sollten, im Pflichttheile für verletzt. Außer ihm waren noch drei Kinder des Testators vorhanden. Dem einen Kinde, seiner Schwester, waren in dem Testamente 3000 Rthlr. im Voraus bestimmt; er selbst, so wie jeder seiner beiden Brüder Ernst und August R., hatte schon bei Lebzeiten des Testators 3000 Rthlr. zur Ausstattung und resp. zum Geschenk erhalten. Indem er daher den achten Theil des Nachlasses als Pflichttheil beanspruchte, verlangte er insbesondere, daß nur die seiner Schwester zum Voraus vermachten 3000 Rthlr. von dem Nachlasse in Abzug gebracht, und sodann der ihm gebührende Pflichttheil von dem übrigen Nachlasse berechnet werde. — Die Verklagten erachteten den Kläger durch die ihm ausgesetzten 750 Rthlr. mit seinem Pflichttheil für vollständig abgefunden, indem sie die ihm als Ausstattung und resp. als Geschenk gegebenen 3000 Rthlr. nach § 393. II. 2. des Allgem. Landrechts auf seinen Pflichttheil angerechnet, diesen aber lediglich von dem Betrage der vorhandenen Nachlaßmasse ohne Rücksicht auf die Konferenden jener drei Ausstattungen und Geschenke von je 1000 Rthlrn. berechnet wissen wollten. — Der Richter erster und zweiter Instanz erkannten zwar übereinstimmend dem Kläger den achten Theil des Nachlasses zu; sie waren aber in Betreff der Berechnung desselben mit Rücksicht auf die Konferenden verschiedener Ansicht, indem der erste Richter dem Ver-

Digitized by Google

langen des Klägers gemäß den Pflichttheil von der Nachlaßmasse nach Abzug der seiner Schwester im Voraus vermachten 3000 Rthlr. zuerkannte, während der zweite Richter die früheren Ausstattungen und Geschenke des Klägers und seiner beiden Brüder zu je 3000 Rthlr. dem Nachlaß beirechnete, von dem so gewonnenen Betrage den Erbtheil und demnächst den Pflichttheil des Klägers berechnete, und ihm diesen nebst Verzugszinsen zuerkannte. — Auf die Revision des Klägers und die Nichtigkeitsbeschwerde der Verklagten hat das Ober-Tribunal das Appellations-Urtheil dahin bestätigt und resp. abgeändert: daß dem Kläger von dem nach Hinzurechnung derjenigen 9000 Rthlr., welche er und seine beiden Brüder mit je 3000 Rthlrn. bereits bei Lebzeiten ihres Vaters als Ausstattung und paternum praecipuum erhalten hatten, sich herausstellenden Gesammtbetrage des väterlichen Nachlasses der achte Theil als sein väterlicher Pflichttheil den Verklagten gegenüber zuzusprechen, und letztere verbunden, in die Auszahlung des hiernach zu berechnenden Pflichttheils, jedoch nach Abzug der vom Kläger als paternum praecipuum erhaltenen 3000 Rthlr., statt der ihm im väterlichen Testamente ausgesetzten 750 Rthlr. an den Kläger zu willigen, die Ermittelung der Höhe des Pflichttheils aber und des dem Kläger danach zustehenden Betrages zum besonderen Verfahren zu verweisen, dagegen der Kläger mit seiner Zinsenforderung abzuweisen.

Gründe:

Indem nach § 392. II. 2. des Allg. Landrechts der Pflichttheil ein bestimmter Theil der Erbquote ist, welche der darauf Berechtigte erhalten haben würde, wenn die gesetzliche Erbfolge stattgefunden hätte, fragt es sich zur Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits:

was unter der Erbportion, unter demjenigen, was jeder darauf Berechtigte empfangen haben würde, wenn die gesetzliche Erbfolge eingetreten wäre, zu verstehen, wie der Pflichttheil

Digitized by Google

zu berechnen, wenn ein oder das andere Kind während des Lebens der Eltern von diesen Ausstattung erhalten hat?

Das Allgem. Landrecht bestimmt in dieser Hinsicht:

§ 393. Nur den wirklichen Betrag der erhaltenen Ausstattung und der § 328. beschriebenen Geschenke ist ein Kind sich auf diesen Pflichttheil anrechnen zu lassen schuldig;

§ 394. Durch andere Anrechnungen können die Eltern denselben nicht schmälern;

und diese an sich deutliche Bestimmungen haben in Verbindung mit den Vorschriften über die Ausgleichung der Kinder wegen der Ausstattungen und Geschenke die verschiedenen Ansichten der Parteien und der Vorderrichter veranlaßt. Nach § 302. a. a. O. beerben zwar Kinder ihre Eltern zu gleichen Theilen; es muß jedoch nach § 303., wenn einige Kinder von dem Erblasser bei dessen Lebzeiten Etwas zur Ausstattung erhalten, Jedem der übrigen ebensoviel aus der Erbschaft vor deren Theilung zum Voraus verabfolgt werden, und nach den §§ 327. und 328. sollen auch die in Grundstücken, Gerechtigkeiten oder ausstehenden Kapitalien bestandenen, den Kindern von dem Erblasser gemachten Geschenke zu der Ausstattung gerechnet werden. Durch diese Vorschriften ist allerdings an Stelle der Römisch-rechtlichen Einwerfung der Konferenden eine Ausgleichung der zu gleichen Theilen erbenden Kinder, also eine Gleichstellung ihrer Erbtheile dadurch bestimmt worden, daß jedem der übrigen Kinder ebensoviel aus der Erbschaft vor deren Theilung zum Voraus verabfolgt wird, als das eine oder andere Kind an Ausstattung oder Geschenken der § 328. gedachten Art schon erhalten hatte. Allein diese Theilungsmethode hat nur den Zweck, daß der einmal Ausgestattete nicht verpflichtet werden soll, bei etwaiger Unzulänglichkeit des Nachlasses mehr einzuwerfen, als er sodann bei der Theilung erhalten würde. Bei der Suffizienz des Nachlasses zu völliger Ausgleichung der Erbtheile macht es gar keinen Unterschied, ob man die Aus-

Digitized by Google

stattungen einwerfen läßt, und dann die Masse gleich theilt, oder ob man dem gar nicht oder dem nicht gleichmäßig ausgestatteten Kinde das zur Ausgleichung Erforderliche vorweg giebt, und dann den Rest zu gleichen Theilen theilt. Ein Beispiel wird dies bestätigen. Der vorhandene Nachlaß beträgt 12,000 Rthlr., drei Kinder haben bereits 3000 Rthlr., das vierte Kind nur 1000 Rthlr. an Ausstattung erhalten; werden alle Ausstattungen, also 10,000 Rthlr. eingeworfen, so beträgt die Theilungsmasse 22,000 Rthlr., mithin der Erbtheil eines jeden Kindes ¼ oder 5500 Rthlr. Dasselbe Resultat ergiebt sich, wenn man zur Ausgleichung des Erbtheils des vierten Kindes die 2000 Rthlr., welche ihm nach § 393. a. a. O. zum Voraus aus der Masse zuzutheilen sind, von den 12,000 Rthlrn. in Abzug bringt. Denn dann erhält jedes Kind zu seiner Ausstattung noch ¼ von der Restmasse von 10,000 Rthlrn., also zu den 3000 Rthlrn. noch 2500 Rthlr., mithin im Ganzen einen Erbtheil von 5500 Rthlrn. Daß man aber in diesem Falle ebenso gut, wie bei der ersten Theilungsart, die ganzen 5500 Rthlr., das ist den Antheil an der Restmasse mit 2500 Rthlrn. nicht allein, sondern unter Hinzurechnung der auf 3000 Rthlr. für jedes Kind ausgeglichenen Ausstattung, als den wirklichen Erbtheil oder die wirkliche Intestat-Erbportion im Sinne des § 392. a. a. O. zu betrachten hat, folgt daraus, daß hier überall von einer Gleichstellung der Erbtheile die Rede ist. Es folgt dies aber auch aus der Vorschrift des § 393. a. a. O., nach welcher der wirkliche Betrag der erhaltenen Ausstattung auf den Pflichttheil, also auf die betreffende Quote des Intestat-Erbtheils anzurechnen ist. Denn wenn solcher Betrag der Ausstattung gar nicht einmal zum Erbtheil selbst gehörte, so könnte er auch gewiß nicht auf die Pflichttheilsquote dieses Erbtheils angerechnet werden.

Aus dieser Ausführung ergiebt sich, daß es für die Feststellung des Intestat-Erbtheils des Pflichttheils-Prätendenten im vorliegenden Falle, wo die Masse zur Ausgleichung mehr

Digitized by Google

als hinreichend ist, ganz zu demselben Resultate führt, ob man mit dem Appellations-Richter — in Uebereinstimmung mit der Ansicht Bornemann's in dessen System des Preußischen Civilrechts Bd. 6. S. 296. — den Ausstattungen der drei Kinder von je 3000 Rthlrn. der angegebenen Masse von 25,200 Rthlrn. hinzurechnet, d. i. 34,200 Rthlr., und davon den vierten Theil, d. i. 8550 Rthlr., als den Erbtheil des einzelnen Kindes ansieht, oder ob man, streng an der Ausgleichungstheorie des Allg. Landrechts festhaltend, von den 25,000 Rthlrn. zunächst die dem vierten Kinde zur Ausgleichung vorweg gebührenden 3000 Rthlr. in Abzug bringt, und von den verbleibenden 22,000 Rthlrn. jedem Kinde noch $\frac{1}{4}$ — d. i. 5550 Rthlr. — zutheilt, denn dadurch erhält das vierte Kind aus der Nachlaßmasse selbst ebenfalls 8550 Rthlr., und ebenso jedes der übrigen drei Kinder, einschließlich ihrer bereits erhaltenen Ausstattung von 3000 Rthlrn., überhaupt an Erbtheil dieselbe Summe von 8550 Rthlrn.

Von diesem Erbtheil der 8550 Rthlr. beträgt der Pflichttheil nach § 392. a. a. O. die Hälfte, also 4275 Rthlr.; auf diesen muß sich der Kläger nach § 393. a. a. O. die zugeständlich bereits erhaltene Ausstattung von 3000 Rthlrn. anrechnen lassen, so daß er noch 1275 Rthlr. empfängt. Diese Anrechnung auf den Pflichttheil, wie sie der § 393. ausdrücklich vorschreibt, kann nicht schon dadurch, wie der erste Richter und auch der Revisor — Gesetzrevisions-Pensum XVI. Erbrecht, Motive S. 307. — annimmt, für erledigt erachtet werden, daß man von den 25,200 Rthlrn. die dem vierten Kinde zur Ausgleichung gebührenden 3000 Rthlrn. in Abzug bringt, und dann dem Kläger, wie jedem anderen Kinde, von den verbleibenden 22,200 Rthlrn. $\frac{1}{4}$, also 5550 Rthlr., an Erbtheil, und hiervon die Hälfte mit 2775 Rthlrn. als Pflichttheil zubilligt. Denn jene Ausgleichung bezweckt und bewirkt Nichts weiter, als die Feststellung und Gleichstellung des nach § 392. zu ermittelnden gesetzlichen Erbtheils der vier Kinder im Verhältniß

Digitized by Google

zu einander; der Pflichttheils-Prätendent kann dabei, wenn er etwa eine geringere Ausstattung, als die übrigen Kinder, erhalten hätte, sogar im Vortheil sein. Die im § 393. vorgeschriebene Anrechnung der Ausstattung auf den Pflichttheil, welche sich das Kind dem Testator gegenüber gefallen lassen muß, ist dadurch noch gar nicht zur Ausführung gebracht, sie muß aber doch nach § 393. zur Ausführung gebracht werden. Es würde auch jene Berechnungsart zu ganz auffallenden Resultaten führen. Man nehme den Fall an, daß die vorhandene Masse 3000 Rthlr. betrüge, zwei Kinder vorhanden wären, von denen der Pflichttheils-Prätendent an Ausstattung 1000 Rthlr. erhalten hätte. Legte man nun dem andern Kinde auch 1000 Rthlr., so daß von der Masse noch 2000 Rthlr. übrig blieben, so würde der Pflichttheil davon $\frac{1}{6}$, d. i. $\frac{1}{3}$ von der jedem Kinde zuzutheilenden Hälfte, nach jener Berechnung ausmachen, der Kläger also 333 Rthlr. 10 Sgr. erhalten. Wäre aber bei einer gleichen Masse von 3000 Rthlrn. nur ein Kind, das bereits 1000 Rthlr. an Ausstattung erhalten hätte, vorhanden, so würde doch nun, eben weil eine Ausgleichung nicht stattfinden kann, dem Kinde nach § 393. auf seinen Pflichttheil die Ausstattung von 1000 Rthlr. in Anrechnung kommen, mithin, sofern man den Pflichttheil auf $\frac{1}{3}$ von der vorhandenen Masse zu 3000 Rthlrn., also auf 1000 Rthlr., annähme, der Kläger Nichts weiter fordern können, oder wenn man seine Ausstattung von 1000 Rthlrn. einwürfe, mithin sein ganzes Intestat-Erbrecht auf 4000 Rthlr. annähme, also seinen Pflichttheil auf $\frac{1}{3}$, d. i. auf 1333 Rthlr. 10 Sgr., bestimmte, er doch immer nach Anrechnung seiner Ausstattung von 1000 Rthlrn. wieder nur 333 Rthlr. 10 Sgr. erhalten. Er würde also nach jener Berechnungsart als alleiniger Erbe zum Pflichttheil jedenfalls nicht mehr erhalten, als wenn er mit einem Miterben konkurrirte. Ein so auffallendes Resultat kann nicht in der Absicht des Gesetzes liegen. Wollte man aber bei einem Kinde den § 393. ganz außer Acht lassen, d. h. Nichts anrechnen, so würde dies mit dem Gesetz im offen-

Digitized by Google

baren Widerspruch stehen. Hieraus ergiebt sich um so deutlicher, daß mit der bloßen Ausgleichung der Erbtheile unter den Kindern den Anforderungen des § 393. noch nicht genügt wird, und vielmehr der Testator erwarten kann, daß ohne Unterschied, ob nur ein Kind oder mehrere Kinder vorhanden sind, die dem Pflichttheils-Prätendenten gegebene Ausstattung und die im § 328. beschriebenen Geschenke auf den Pflichttheil oder die denselben bildende Quote des gesetzlichen Erbtheils in Anrechnung gebracht werden.

Das Appellations-Urtheil mußte hiernach auf die Revision des Klägers und die nach Artikel 4. der Deklaration vom 6. April 1839 bei der Konkurrenz mit der Revision ebenfalls als solche zu behandelnde Beschwerde der Verklagten bei diesem Punkte bestätigt werden.

Dagegen ist die Beschwerde in Betreff der dem Kläger vom Appellations-Richter zugesprochenen Zinsen begründet. Der Pflichttheilsberechtigte ist an und für sich, selbst wenn er mit einem bloßen Legate oder sonst mit einer bestimmten Summe bedacht sein sollte, als Notherbe stets wahrer Erbe, und ein Erblasser hat gar keine Macht, ihm die Erbesqualität zu nehmen und ihn zum Legatar zu machen; der Notherbe ist eben Erbe wider den Willen des Erblassers, und er muß sich nur alles Das, was er von dem Erblasser nach den bereits oben angeführten Bestimmungen erhalten hat, anrechnen lassen. Hieraus folgt, daß der Kläger als wirklicher Erbe mit seinem Zinsenanspruche abgewiesen werden muß. Denn er erwarb seinen, in dem Pflichttheil bestehenden Erbtheil nach § 367. I. 9. des Allgem. Landrechts sofort nach dem Tode des Erblassers zum Eigenthume dergestalt, daß er zur Besitzergreifung berechtigt war, — § 368. a. a. O., und wenn er diese, theils wegen der noch in Streit befangenen Höhe seines Erbtheils, theils wegen der noch nicht stattgefundenen Theilung des Nachlasses, noch nicht vornehmen konnte; so kann er zwar wegen des Verzuges keine Zinsen fordern, wohl aber müssen ihm die inzwischen

Digitized by Google

der ganzen Nachlaßmasse zugewachsenen Zinsen zu Gute kommen, und zwar in der Art, daß er einen aliquoten Theil derselben zu fordern berechtigt ist, wenn die Theilung des Nachlasses stattfindet.

Der dem Appellations-Richter gemachte Vorwurf der Anwendung des § 263. I. 12. und des Anhangs § 164. zum § 574. II. 18. des Allgemeinen Landrechts auf einen Fall, für welchen dieselben nicht gegeben sind, ist daher ebenso begründet, als der Verstoß gegen die Vorschrift des § 117. I. 17. daselbst. Denn der Fall des § 263. setzt immer einen Testamentserben voraus, der nur, weil ihm nur eine bestimmte Sache oder Summe im Testamente zu seinem, dadurch aber mit seinem Pflichttheil vollständig abgefundenen Erbtheil angewiesen worden, im Verhältniß zu den Gläubigern nach dem Präjudiz No. 1867. und im Verhältniß zu den Miterben als ein bloßer Legatar betrachtet werden soll. Der Kläger ist aber nicht Testamentserbe, er tritt als Notherbe auf und macht sein hieraus entspringendes gesetzliches Recht, und zwar deshalb geltend, weil er durch die im Testamente ihm zugedachte bestimmte Summe nicht seinen Pflichttheil erhält. — Ebenso setzt der § 164. des Anhangs den Fall voraus, daß der Pflichttheilsberechtigte von Hause aus in dem Testamente auf den Pflichttheil gesetzt worden, und entscheidet nur die singuläre Frage:

ob ein solcher Erbe zum Zweck der Ermittelung, wieviel sein Pflichttheil betrage, die Subhastation des Nachlaßgrundstückes fordern dürfe, oder ob er mit der Berechnung nach Maaßgabe der Taxe sich begnügen müsse. Er soll, wenn sein Pflichttheil auf eine gewisse Summe festgesetzt ist, zum Zweck der Ermittelung: ob eine Verletzung im Pflichttheil stattgefunden, nur die Taxe fordern dürfen; ist ihm dagegen der Pflichttheil ohne Bestimmung einer gewissen Summe verschrieben, so soll er als Miteigenthümer des Nachlaßgrundstückes die Subhastation desselben verlangen können.

Im ersten Falle gilt er allerdings nur als Legatar, weil

Digitized by Google

der Wille des Testators, der ihm durch Anweisung seines Erbtheils in einer bestimmten Summe nach dem bereits allegirten § 263. I. 12. des Allgem. Landrechts nur die Rechte eines solchen gegeben hat, so lange aufrecht zu erhalten ist, bis die behauptete Pflichttheilsverletzung nachgewiesen worden. So lange es sich also um die Ermittelung, ob eine solche Verletzung stattgefunden, handelt, kommen ihm nur die Rechte eines Legatars zu; ist aber, wie im vorliegenden Falle, die Verletzung im Pflichttheil bereits dargethan, und handelt es sich um die Qualität des Forderungsrechts, welches dem Pflichttheilsnehmer auf die ihm zugebilligte Quote des Nachlasses zusteht, so fällt der oben angeführte Grund, mit ihm auch die Anwendbarkeit des § 164., fort.

Indem endlich der Appellations-Richter den Kläger, dem er selbst statt der demselben im Testamente ausgesetzten Summe eine Quote des Nachlasses als seinen Pflichttheil zuerkennt, dennoch als Legatar auf Höhe desselben angesehen wissen will, hat er gegen die Vorschrift des § 117. I. 17. des Allg. Landrechts verstoßen, nach welcher jeder Erbinteressent, dessen Erbtheil nicht in sich selbst, sondern nur im Verhältniß gegen das Ganze bestimmt ist, auf Theilung antragen kann, d. h. als wahrer Erbe gilt, und als solcher ein Miteigenthum am Nachlasse hat.

Es war hiernach auf die Beschwerde der Verklagten bei diesem Punkte das zweite Urtheil abzuändern, und der Kläger mit seinem Zinsenanspruche abzuweisen.

Digitized by Google

No. 71. — III. Senat. Sitzung vom 4. April 1855.

Revision.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Thorn.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Marienwerder.

Verpflichtung des Successors durch den Autor. — Rechte des Eigenthümers gegen den Erwerber einer rechtshängigen Sache.

a. Der Singular-Successor muß nur das, was auf die vor der Veräußerung seinem Autor insinuirte Klage erkannt ist, gegen sich gelten lassen.*

A. G. O. I. **24.** §§ 7. 9.

b. Der dritte redliche Erwerber einer rechtshängigen Sache ist zu deren unentgeltlichen Herausgabe an den wahren Eigenthümer nicht verpflichtet. Die Unredlichkeit seines Besitzes wird aber schon durch seine Wissenschaft von der Rechtshängigkeit zur Zeit des Erwerbes begründet.

A. G. O. I. **24.** § 9.; A. L. R. I. **10.** § 3., **11.** § 383., **15.** § 25., **29.** § 83.; Corpus juris Fridericiani I. **10.** § 6.

A. Die J.'schen Eheleute hatten mittelst Vertrages vom 15. Juli 1842 von dem B. einen Theil des in dem Hypothekenbuche noch nicht eingetragenen Grundstücks No. 10. gekauft und übertragen erhalten. Die Erben des C. behaupteten, daß ihr Erblasser, nicht aber B., Eigenthümer dieses Grundstücks gewesen sei, und wurde auch auf ihre desfallsige — dem B. unterm 10. Oktober 1844 insinuirte — Klage derselbe durch das Erkenntniß vom 27. November 1846 zur Herausgabe dieses Grundstücks zur C.'schen Nachlaßmasse verurtheilt. Die C.'schen Erben erachteten durch dies Urtheil ihr Eigenthum an dem fraglichen Grundstücke auch hinsichtlich der J.'schen Eheleute für festgestellt und verlangten daher von denselben die Herausgabe des Grundstücks gegen Erstattung des Erwerbspreises. —

* Vergl. Archiv für Rechtsfälle Bd. 7. S. 268.

Digitized by Google

Der Richter erster Instanz wies den Kläger ab; der Richter zweiter Instanz verurtheilte die Verklagten nach dem Klageantrage.

Das Ober-Tribunal hat auf die Revision der Verklagten das Appellations-Urtheil abgeändert und die Kläger in angebrachter Art abgewiesen.

Gründe:

Der Appellations-Richter hat nicht in Zweifel gezogen, daß die genannten Verklagten redlich erworben, dieselben jedoch verurtheilt, die in ihrem Besitze befindliche Parzelle gegen Erstattung des Gegebenen oder Geleisteten herauszugeben, weil sie die Parzelle von einem Nichteigenthümer gekauft hätten. Dieser Folgerung würde beizutreten sein, wäre die Voraussetzung festgestellt, von welcher der Appellations-Richter hierbei ausgegangen ist und auch ausgehen mußte, daß nämlich die in dem Besitze der J.'schen Eheleute befindliche Parzelle ein Eigenthum der Kläger und ihnen oder vielmehr ihrem Erblasser entfremdet sei. Diese Voraussetzung ist aber nicht festgestellt.

Der Appellations-Richter hat sich dieserhalb lediglich auf das in dem Vorprozesse der Kläger gegen B. unter dem 27. November 1846 ergangene Erkenntniß gestützt, durch welches ausgesprochen ist, daß B. niemals Eigenthümer des Grundstücks No. 10., also auch nicht befugt gewesen sei, einen Theil davon an die J.'schen Eheleute zu veräußern. In solcher Weise läßt sich aber jener Beweis gegen die J.'schen Eheleute nicht führen. Diese haben die in ihrem Besitze befindliche Parzelle bereits durch den Vertrag vom 15. Juli 1842 erworben, sie waren daher, als die Kläger in dem Vorprozesse mit der Vindikationsklage gegen B. auftraten, schon über zwei Jahre im Besitz, und letzterer in keiner Weise berufen, die J.'schen Eheleute zu vertreten, und war es überhaupt nicht zulässig, so, wie geschehen, die Vindikationsklage gegen einen Dritten zu richten, da dieselbe vielmehr nur gegen den wirklichen Besitzer oder Inhaber der

Digitized by Google

entfremdeten Sache gerichtet werden kann. Die in jenem Prozesse ergangene Entscheidung steht sonach den J.'schen Eheleuten nicht entgegen, und kann aus derselben kein Beweis gegen dieselben entnommen werden. Der § 7. I. 24. der Allg. Gerichtsordnung bestimmt zwar, daß derjenige, dessen Gerechtsame in Ansehung eines gewissen Gegenstandes lediglich von den Gerechtsamen eines Anderen abhangen, alles Dasjenige gegen sich gelten lassen muß, was wider jenen wegen solchen Gegenstandes rechtlich erkannt ist. Es versteht sich indessen, und es folgt dies insbesondere aus der Vorschrift des § 9. a. a. O., daß der Successor singularis nur Dasjenige wider sich gelten lassen muß, was wider seinen Autor vor Erwerbung der Sache erkannt worden ist. Hiernach wäre es Sache der Kläger gewesen, in anderer Weise den Beweis zu führen, daß die in dem Besitze der J.'schen Eheleute befindliche Parzelle das wahre Eigenthum der Kläger und ihnen wider Willen entnommen sei. Ein solcher Beweis ist aber nicht einmal angetreten, und deshalb müssen die Kläger mit ihrer Klage gegen die J.'schen Eheleute in angebrachter Art abgewiesen werden.

B. Auch die L.'schen Eheleute hatten von dem B. eine Parzelle des Grundstücks No. 10., jedoch erst nach der Zeit der am 10. Oktober 1844 erfolgten Insinuation der von den Erben C. gegen den B. im Vorprozesse angestellten Vindikationsklage, gekauft. Die Erben C. verlangten deshalb auf den Grund des den B. zur Herausgabe des Grundstücks No. 10. verurtheilenden Erkenntnisses vom 27. November 1846 von den L.'schen Eheleuten die unentgeltliche Herausgabe jener Parzelle. — Der Appellations-Richter erkannte unter Abänderung des ersten, die Kläger abweisenden Urtheils nach dem Klageantrage.

Auf die Revision der Verklagten hat das Ober-Tribunal das Appellations-Urtheil abgeändert und die Kläger in angebrachter Art abgewiesen.

Gründe:

In Beziehung auf die L.'schen Eheleute steht es thatsächlich

Digitized by Google

fest, daß diese Verklagten die in ihrem Besitze befindlichen Parzellen von dem B. gekauft haben, und daß die desfallsigen Verträge nach Insinuation der in dem Vorprozesse gegen den B. angestellten Klage abgeschlossen sind. Hiernach kommt der § 9. I. 24. der Allg. Gerichtsordnung zur Anwendung; diese Verklagten müssen sich also Demjenigen unterwerfen, was in dem Vorprozesse gegen B. entschieden ist, wiewohl sie bei diesem Prozesse nicht zugezogen sind. Der Appellations-Richter will hieraus gefolgert wissen, daß die Verklagten die gegen ihren Autor in dem Vorprozesse ergangene Entscheidung unbedingt gegen sich anerkennen müssen, und da in dem Vorprozesse entschieden ist, daß B. das Grundstück No. 10. zum C.'schen Nachlasse herausgeben müsse, so sind die Verklagten verurtheilt, die in ihrem Besitze befindlichen Parzelen jenes Grundstücks unentgeltlich herauszugeben. Die Frage, ob die Verklagten redlicher oder unredlicher Weise zum Besitz gelangt sind, insbesondere, ob sie von dem gegen ihren Autor anhängig gewesenen Prozesse Wissenschaft gehabt, erachtet der Appellations-Richter für gleichgültig.

Müßte der § 9. I. 24. der Allg. Gerichtsordnung in dieser Weise aufgefaßt und verstanden werden, so würde nicht fortzuleugnen sein, daß dies mit den im Allg. Landrecht aufgestellten Grundsätzen in unvereinbarem Widerspruch stehen würde. Nach § 25. I. 15. muß zwar auch derjenige, der die dem rechtmäßigen Eigenthümer oder Besitzer abhanden gekommene Sache redlicher Weise durch einen lästigen Vertrag an sich gebracht, dieselbe herausgeben; er kann jedoch Erstattung alles dessen fordern, was er dafür gegeben oder geleistet hat, und hat überhaupt die Rechte eines redlichen Besitzers. Die Frage, auf welche es ankommt, ist sonach, ob von diesem Grundsatze dann eine Ausnahme zu machen ist, wenn, wie in dem vorliegenden Falle, die Sache, um deren Herausgabe es sich handelt, eine res litigiosa war, und sich nach Abschluß des Vertrages ergiebt, daß der Besitz von Jemand abgeleitet worden, der nicht recht-

Digitized by Google

mäßiger Eigenthümer oder Besitzer gewesen ist. Nach dem Allg. Landrecht muß diese Frage verneint werden. Weder in dem Titel 15., noch in dem Titel 10. Theil I. ist in dieser Beziehung eine Ausnahme gemacht; im Gegentheil ist im § 383. I. 11. ausgesprochen, daß auch die Abtretung schon rechtshängiger Sachen erlaubt sei. Ist aber die Veräußerung einer streitigen Sache erlaubt, so kann darin, daß die veräußerte Sache rechtshängig war, für sich allein kein Grund gefunden werden, lediglich deshalb den Erwerber für einen unredlichen zu erachten; es muß vielmehr, sowie in allen übrigen Fällen, so auch in diesem auf diejenigen Momente gerücksichtigt werden, welche bei der Frage, ob der Besitz redlich oder unredlich sei, von Bedeutung sind. Insofern daher hiervon eine Ausnahme als gesetzlich bestehend behauptet wird, so könnte der Grund hiervon nur in der Vorschrift des § 9. I. 24. der Allg. Gerichtsordnung gefunden werden.

Die Fassung des § 9. a. a. O. ist allerdings durchaus allgemein gehalten. Wenn in demselben ausgesprochen ist, daß Derjenige, welcher einen in Streit befangenen Gegenstand erst nach der Zeit, da dem bisherigen Inhaber die gerichtliche Vorladung zugestellt worden, durch Kauf u. s. w. erhalten hat, sich demjenigen unterwerfen müsse, was darüber in dem rechtshängigen Prozesse entschieden wird, so steht es mindestens mit dieser Wortfassung nicht im Widerspruch, wenn daraus gefolgert wird, daß der dritte Erwerber die gegen seinen Autor ergangene Entscheidung unbedingt gegen sich gelten lassen, daß er mithin auch die in seinen Besitz übergegangene Sache unentgeltlich herausgeben müsse, wenn sein Autor zur unentgeltlichen Herausgabe verurtheilt worden ist. Eine nähere Erwägung führt indessen zu der Ueberzeugung, daß das Gesetz in dieser Weise nicht zu verstehen ist.

Das Corpus juris Fridericiani beschränkt sich im § 5. I. 24. auf folgende Bestimmung:

Ein Exekutions-Gesuch findet nur gegen Denjenigen statt,

Digitized by Google

welcher in dem ergangenen Urtheil kondemnirt worden. Gegen einen Dritten hat dergleichen Urtheil der Regel nach keine Wirkung. Die wenigen ausgenommenen Fälle sind in den Gesetzen ausdrücklich bestimmt.

In dem vierten Theil des Corpus juris Fridericiani, welcher von den Gesetzen handelt, welche auf die Prozeßordnung unmittelbar Beziehung haben, ist aber Titel 10. § 6. ergänzend Folgendes bestimmt:

Wenn Jemand eine in Streit befangene Sache (res litigiosa) erst nach der Zeit, da ihrem Inhaber wegen der daran gemachten Ansprüche die gerichtliche Vorladung insinuirt worden, durch Kauf, Tausch, Schenkung oder auf andere Weise erhalten hat, so muß er sich Demjenigen unterwerfen, was in dem bereits rechtshängigen Prozesse in Ansehung der acquirirten Sache entschieden wird, ohne daß es darauf ankommt, ob er zu dem Prozesse zugezogen worden. Es bleibt ihm jedoch, wenn er dadurch Schaden leidet, nicht allein der Regreß gegen denjenigen offen, von welchem er die evinzirte Sache acquirirt hat, sondern er kann auch in dem Falle, wenn er von dieser Qualität der Sache keine Wissenschaft gehabt hat, und deren Herausgabe von ihm verlangt wird, die gebührende Entschädigung fordern.

Späterhin ist bekanntlich das Corpus juris Fridericiani der Revision unterworfen; bei dieser ist dessen vierter Theil mit den beiden ersten Theilen verschmolzen, und das Ganze durch das Patent vom 6. Juli 1793 als „allgemeine Gerichtsordnung“ publizirt. In diese ist der erste Absatz des § 6. I. 10. des Corpus juris Fridericiani fast wörtlich in den § 9. I. 24. aufgenommen; es ist nur noch auf die §§ 383. und 384. I. 11. des Allg. Landrechts verwiesen. Dagegen ist der zweite Absatz jenes Paragraphen in die Allg. Gerichtsordnung nicht übernommen worden. Soviel ist hiernach gewiß, daß eine solche unbedingte Geltung des Judikats, dem dritten Erwerber

Digitized by Google

gegenüber, wie solche von dem Appellations-Richter behauptet wird, bis zur Publikation der Allg. Gerichtsordnung gesetzlich nicht bestanden hat; der dritte Erwerber vielmehr, wenn er keine Wissenschaft davon hatte, daß die erworbene Sache eine rechtshängige war, auf gebührende Entschädigung Anspruch hatte. Die Frage kann daher nur sein, ob nach der jetzt bestehenden Gesetzgebung das Gegentheil deshalb zu behaupten ist, weil jene Bestimmung des Corpus juris Fridericiani nicht in die Gerichtsordnung aufgenommen ist, ob also in dieser Beziehung eine Abänderung der Gesetzgebung als beabsichtigt angenommen werden kann. Diese Frage muß aber verneint werden. Abgesehen davon, daß, wenn eine Abänderung der bis dahin bestandenen Gesetzgebung beabsichtigt worden wäre, es sehr nahe gelegen haben würde, dies ausdrücklich auszusprechen, so findet der Umstand, daß jene Bestimmung über das rechtliche Verhältniß des dritten Erwerbers in die Gerichtsordnung nicht aufgenommen worden ist, seine Erklärung einfach darin, daß diese Bestimmung dem materiellen Rechte angehört und mit dem Prozeßverfahren Nichts gemein hat, die Entscheidung darüber, ob und unter welchen Voraussetzungen der dritte Erwerber auf Entschädigung Anspruch habe, also in dem Allg. Landrechte zu suchen ist. Daß die Sache nur in dieser Weise aufzufassen ist, ergiebt sich auch daraus, daß zu Ende des § 9. I. 24. der Allg. Gerichtsordnung ganz ausdrücklich auf die §§ 383. und 384. I. 11. des Allg. Landrechts verwiesen ist, also auf diejenigen Vorschriften, durch welche die Abtretung schon rechtshängiger Sachen für erlaubt erklärt ist. Im Widerspruch hiermit kann daher den Verfassern der Allg. Gerichtsordnung nicht die Meinung untergelegt werden, daß der dritte Erwerber lediglich deshalb, weil die von ihm erworbene Sache rechtshängig war, auf die Rechte des redlichen Besitzers keinen Anspruch haben solle. Hierfür spricht aber auch der § 83. I. 29. der Allg. Gerichtsordnung. Nach dieser Vorschrift kann, wenn eine mit Arrest belegte Sache veräußert oder ver-

Digitized by Google

pfändet worden, dieselbe von demjenigen, welche sie an sich gebracht hat, unentgeltlich zurückgefordert werden. Das Gesetz fügt aber hinzu:

Sollte nachgewiesen werden können, daß der Erwerber von dem Arrestschlage keine Wissenschaft gehabt habe, so kann der Arrestant die Herausgabe nur gegen Vergütigung des gezahlten Kaufgeldes oder Pfandschillings fordern.

Der Fall der Veräußerung oder Verpfändung einer mit Arrest belegten Sache steht dem Falle, wenn eine rechtshängige Sache veräußert wird, durchaus gleich. Wenn aber in jenem Falle die allgemeinen Grundsätze über die Redlichkeit des Erwerbes aufrecht erhalten sind, so kann mit Sicherheit angenommen werden, daß es nicht beabsichtigt ist, in dem zweiten, durchaus gleichen Falle den entgegengesetzten Grundsatz geltend zu machen.

Hiernach kann daher die Deutung, welche der Appellations-Richter dem § 9. I. 24. der Allg. Gerichtsordnung gegeben hat, nicht für richtig angenommen werden. Diese Vorschrift kann vielmehr, wie auch schon in einem, Bd. 13. S. 152. der Entscheidungen abgedruckten, Erkenntnisse des Gerichtshofes vom 3. August 1846 geschehen ist, nur dahin verstanden werden, daß die Wirkung des Judikats, kraft dessen ein dingliches Recht erstritten worden, sich bis auf den Zeitpunkt der Insinuation der Vorladung zurückerstreckt, und somit der, welcher sein dingliches Recht erstritten hat, demjenigen vorgeht, welcher erst, nachdem seinem Autor die gerichtliche Vorladung zugestellt worden, ein solches erwirbt. Dies vorausgesetzt, ist zwar soviel zweifellos, daß die Verklagten in Berücksichtigung des in dem Vorprozesse ergangenen Erkenntnisses die Kläger als wahre Eigenthümer an den in ihrem Besitze befindlichen Parzellen anerkennen und diese Parzellen den Klägern herausgeben müssen; ob sie aber diese Herausgabe unentgeltlich bewirken müssen, oder ob sie auf Erstattung des für die Erwerbung Gegebenen und Geleisteten, und überhaupt auf die Rechte des redlichen Besitzes Anspruch

Digitized by Google

haben, dies hängt davon ab, ob sich die Verklagten im redlichen Besitze befinden. Den Verklagten steht die Vermuthung des redlichen Besitzes zur Seite. Den Klägern liegt daher ob, diese Vermuthung durch den Beweis des Gegentheils zu beseitigen. Wenn Kläger in dieser Beziehung geltend gemacht haben, daß von den Verklagten zu einer Zeit gekauft worden, als das Hypothekenwesen von dem Grundstück No. 10. noch nicht regulirt gewesen, so ist dies völlig bedeutungslos, da sich hieraus weder für, noch gegen die Rechtmäßigkeit oder Redlichkeit des Besitzes Etwas ableiten läßt. Eben dies gilt von dem Umstande, daß die Verträge zwischen dem B. und seinen Kindern geschlossen worden. Von Bedeutung ist insoweit nur die Behauptung, daß die Verklagten beim Abschluß der Erwerbungs-Verträge von der Litigiosität der erworbenen Parzellen Wissenschaft gehabt haben. Hierüber ist den Verklagten der Eid zugeschoben, dieser Eid ist von den L.'schen Eheleuten abgeleistet. Hierdurch ist festgestellt, daß diese Verklagten zur Zeit der Erwerbung der in ihrem Besitze befindlichen Parzellen von der Litigiosität der erworbenen Sache keine Wissenschaft gehabt haben, und da auch in anderer Weise der Nachweis der Unredlichkeit des Besitzes nicht geführt worden, so sind die Kläger nicht berechtigt, die unentgeltliche Herausgabe der fraglichen Grundstücke zu fordern. Mit der hierauf gerichteten Klage haben daher die Kläger zurückgewiesen werden müssen, wobei ihnen überlassen bleiben muß, wenn sie die Herausgabe der Grundstücke gegen Vergütung dessen, worauf die Verklagten als redliche Besitzer Anspruch haben, fordern wollen, den diesfallsigen Anspruch im besonderen Verfahren geltend zu machen.

Digitized by Google

No. 72. — IV. Senat. Sitzung v. 12. April 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Perleberg.
Gericht II. Instanz: Kammer-Gericht.

Restitution gegen versäumte Eidesleistung im Wechselprozeß.

Im Wechselprozeß findet keine Restitution gegen versäumte Eidesleistung Statt.

Gesetz vom 21. Juli 1846 §§ 27. 31. (Gesetz-Sammlung S. 291.); A. G. O. I. 19. § 27.; Deklaration vom 6. April 1839 Art. 14. (Gesetz-Sammlung S. 126.); Gesetz vom 28. März 1840, Eingang (Gesetz-Sammlung S. 103.).

Der Gastwirth S. wurde im Wechselprozeß von dem ersten Richter zur Zahlung der von dem Sekretär W. eingeklagten Wechselsumme verurtheilt. Der Appellations-Richter bestätigte das erste Urtheil, weil der Verklagte in dem zur Ableistung des über die erfolgte Präsentation des Wechsels ihm zugeschobenen Eides vor dem requirirten Gerichte anberaumt gewesenen Termine ausgeblieben war, deshalb dafür, daß er nicht schwören könne oder wolle, angesehen, und das von ihm wenn auch zeitig vor Anberaumung eines neuen Audienz-Termines beziehungsweise vor der Abfassung des Erkenntnisses eingereichte Restitutionsgesuch für unstatthaft erachtet wurde.

Das Ober-Tribunal hat die von dem Verklagten eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde verworfen — aus folgenden

Gründen:

Implorant leitet unter Hinweisung auf Art. 3. No. 2. der Deklaration vom 6. April 1839 zunächst aus der Verweigerung der Restitution die Nichtigkeit des angefochtenen Erkenntnisses her, weil der § 31. des Gesetzes vom 21. Juli 1846 ganz allgemein, und ohne den Wechselprozeß auszuschließen, innerhalb zehn Tagen nach der Versäumung eines zur Ableistung eines

Digitized by Google

deferirten oder referirten Eides anberaumt gewesenen Termines die Restitution zulasse. Es kann jedoch, ungeachtet der Allgemeinheit der Wortfassung des, die fragliche Bestimmung enthaltenden Alinea des § 31. a. a. O., nicht anerkannt werden, daß dasselbe auch auf Wechselprozesse Anwendung finden solle, da jenes Alinea sich an die Vorschriften der beiden ersten Sätze des Paragraphen anreiht, welche von den Rechtsmitteln der Restitution gegen Kontumazial-Erkenntnisse und Purifikations-Resolutionen handeln, diese Rechtsmittel aber im Wechselprozesse unstatthaft sind, wie rücksichtlich des ersteren aus den bestimmten Vorschriften des § 19. I. 27. der Allgem. Gerichts-Ordnung, des Artikels 14. der Deklaration v. 6. April 1839 und des § 27. des Gesetzes vom 21. Juli 1846, im Betreff des letzteren aber daraus hervorgeht, daß das, dies Rechtsmittel einführende Gesetz vom 28. März 1840 nach seinem Eingange eine Ergänzung der in der Allgem. Gerichts-Ordnung über das Rechtsmittel der Restitution (gegen Kontumazial-Erkenntnisse) enthaltenen Vorschriften bezweckt, mithin da keine Anwendung findet, wo die Restitution der letzteren Art in der Gerichts-Ordnung ausgeschlossen ist, — hieraus aber gefolgert werden muß, daß der § 31. des Gesetzes vom 21. Juli 1846 überhaupt, und also auch das letzte Alinea desselben, nur auf den gewöhnlichen Prozeß — im Gegensatze zu den im § 27. daselbst bezeichneten schleunigen Prozeßarten hat Bezug haben sollen. Auch würde es an einem ausreichenden Grunde fehlen, welcher den Gesetzgeber hätte bestimmen können, die Restitution gegen die Versäumung eines zur Eidesleistung anberaumten Termines zuzulassen, während die Restitution gegen Kontumazial-Erkenntnisse und Purifikations-Resolutionen ausgeschlossen ist.

Digitized by Google

No. 73. — I. Senat. Sitzung vom 13. April 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Prenzlau.
Gericht II. Instanz: Kammergericht.

Lehnskompetenz der Kurmärkischen bedürftigen Wittwe; Ambachtslehn.

Das Kurmärkische Provinzialrecht giebt der bedürftigen Wittwe kein Recht auf die Lehnskompetenz.

Auch eine rechtsgültige Landesobservanz, welche diese Lehnskompetenz als Rechtsnorm darstellte, besteht wenigstens bei nicht-adelichen Lehnen, namentlich den Ambachtslehnen, nicht.*

A. L. R. I. 18. §§ 580. ff.

Die Wittwe des am 7. September 1850 zu Straßburg in der Uckermark verstorbenen Lieutenants Wilhelm v. L. behauptete, daß sie als bedürftige Wittwe nach Kurmärkischem Provinzialrechte aus dem Lehnsnachlasse ihres verstorbenen Mannes, bestehend in sechs auf der Straßburger Feldmark belegenen Lehnshufen, Alimente zu fordern berechtigt sei, und verlangte daher von den Lehnserben aus den Lehns-Revenüen zu ihrem Unterhalte einen jährlichen Beitrag von 150 Rthlrn. Sie wurde in erster Instanz zur Zeit, in zweiter Instanz aber gänzlich abgewiesen, und das Ober-Tribunal hat die von ihr eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde verworfen.

Gründe:

Implorantin behauptet, der Appellations-Richter, indem er die von ihr verlangte Lehnskompetenz, als provinzialrechtlich nicht begründet, zurückgewiesen, habe den Rechtsgrundsatz verletzt: daß nach dem Kurmärkischen Provinzialrecht eine bedürftige Wittwe aus dem Lehne Alimente zu fordern berechtigt sei. Allein eine gesetzliche Vorschrift des Kurmärkischen Provin-

* Vergl. Präjudiz No. 64. Präjudizien-Sammlung S. 102.

Digitized by Google

zialrechts, in welcher sich ein solcher Grundsatz ausgesprochen fände, hat Implorantin nicht angeführt; auch existirt in der That eine solche nicht. Ob aber eine rechtsgültige Landesobservanz, die jenen Grundsatz als feststehende Rechtsnorm aufstellte, wirklich in der Mark existire, kann hier dahingestellt bleiben, weil der Appellations-Richter zugleich annimmt, daß jedenfalls eine solche bei Lehnen von so geringer Bedeutung, wie das hier in Rede stehende, nicht Anwendung finden könne, und diesen Entscheidungsgrund die Implorantin nicht speziell angefochten hat. Er erscheint aber umsomehr durchgreifend, als die ganze Ausführung in den Motiven zum Entwurfe des Kurmärkischen Provinzialrechts und in Müllers practica marchica, auf welche die Implorantin ihre Beschwerde gestützt hat, sich nur auf die adelichen oder Ritterlehne bezieht, und ein solches auch nur in dem Rechtsfalle vorlag, in welchem das von der Implorantin in Bezug genomme Präjudiz No. 64. ergangen ist, im vorliegenden Falle aber das Lehn, aus welchem die Wittwe Alimente verlangt, nur ein uneigentliches, nicht adeliches — ein sogenanntes Ambachtslehn, nämlich das mit den fraglichen Lehnhufen verknüpft gewesene vormalige Erblehnrichteramt in Straßburg ist.

No. 74. — II. Senat. Sitzung v. 17. April 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Leobschütz.

Rechtskraft des Erkenntnisses rücksichtlich der in demselben festgesetzten Eidesformel. — Grundzins.

a. Wenn in einem Erkenntnisse die Eidesformel nicht bestimmt worden, so ist darüber, ob der Eid de veritate oder ignorantia zu leisten sei, noch keine Entscheidung getroffen.

A. G. O. I. 16. § 1., 15. § 25.

Digitized by Google

b. Der an ein Rittergut zu entrichtende Grundzins ist eine untheilbare Sache.

A. L. R. I. 2. § 41.

Die Gemeinden Bratsch und Saliswalde hatten das Rittergut Bratsch gekauft, und die Gemeindemitglieder hatten das Areal desselben unter sich vertheilt. Die Gemeinden behaupteten, daß der Erbrichter P. zu Bratsch an das dortige Dominium einen Erb- und Freizins von 8 Rthlrn. jährlich von seinem Grundstücke zu entrichten habe, und haben denselben wegen Bezahlung der Rückstände seit 1848 und des künftig fällig werdenden Zinses klagend in Anspruch genommen. — In erster Instanz wurden Kläger abgewiesen. Das Appellationsgericht dagegen erkannte unter Abänderung des ersten Erkenntnisses, daß die Klägerinnen ernstlich zu prüfen schuldig, ob sie einen Eid dahin leisten können:

daß der Besitzer der Erbrichterei No. 33. zu Bratsch bereits im Jahre 1816 den streitigen Zins an die Gutsherrschaft von Bratsch entrichtet habe,

verurtheilte im Schwörungsfalle den Verklagten nach dem Klageantrage und wies im Nichtschwörungsfalle die klagenden Gemeinden ab. — Dieselben legten die Nichtigkeitsbeschwerde ein. Sie führten aus, daß sie das Gut Bratsch erst 1822 erworben hätten, und deshalb die Gemeindemitglieder die Thatsache, daß der streitige Zins schon im Jahre 1816 an die Gutsherrschaft gezahlt sei, nicht aus eigener Wissenschaft, sondern nur de ignorantia beschwören könnten. Sie beantragten deshalb, unter Vernichtung des Appellations-Erkenntnisses auf einen von ihnen zu leistenden Ignoranzeid zu erkennen. Das Ober-Tribunal verwarf durch Erkenntniß vom 5. Januar 1854 die Nichtigkeitsbeschwerde —

„in Erwägung, daß § 267. I. 10. der Allgem. Gerichts-Ordnung nicht hierher in Betracht gezogen werden kann, weil er den Fall, wo eine Gemeinde einen Eid leisten soll,

Digitized by Google

nicht betrifft, sondern den Fall, wo für moralische Personen der Eid durch ihre Vorsteher zu leisten ist, ferner die Vorschriften der §§ 267. 270–312. a. a. O. keine Rechtsgrundsätze im Sinne der Verordnung vom 14. Dezember 1833 und deren Deklaration vom 6. April 1839 enthalten, vielmehr die Vorschriften über die Art und Weise, wie ein Eid geleistet werden soll, ihrer Natur nach zum Prozeßverfahren gehören, also Prozeßvorschriften sind, jedoch keine solche, welche die eben angeführten allein maaßgebenden Gesetze für wesentliche erklären, folglich die Nichtigkeitsbeschwerde der Klägerinnen, welche zum Zweck hat, den ihnen zuerkannten Eid nur de ignorantia ableisten zu dürfen, verfehlt ist."

Das Gericht erster Instanz setzte nunmehr einen Termin zur Ableistung des Eides von den seitens des Verklagten bezeichneten Gemeindemitgliedern an und ließ, da dieselben im Termin theils erklärten, daß sie nicht alt genug seien, um aus eigener Wissenschaft wissen zu können, ob der streitige Zins bereits im Jahre 1816 entrichtet sei, theils auch ausblieben, in Gemäßheit des § 271. I. 10. der Allgem. Gerichts-Ordnung von den Gemeindevorstehern die Namen der ältesten Gemeindemitglieder angeben, und lud diese zur Eidesleistung vor. Nur eines derselben, der Bauer Karl B., leistete den Eid, alle übrigen erklärten, daß, theils weil sie im Jahre 1816 noch nicht in Sallswalde resp. Bratsch gewesen, theils weil sie damals keine Gelegenheit gehabt hätten, sich um die Kommunalverhältnisse zu bekümmern, sie den Eid nicht ableisten könnten. Der Verklagte beantragte nunmehr nach § 275. a. a. O., sämmtliche Mitglieder der beiden klägerischen Gemeinden darüber zu vernehmen, ob und wer von ihnen den Eid leisten könne, da eine theilbare Sache vorliege. Dieser Behauptung wurde nicht widersprochen, und dem Antrage gemäß wurden sämmtliche Mitglieder beider Gemeinden zu ihrer Vernehmung und zur Ableistung des Eides gehörig vorgeladen. Ein Theil derselben blieb aus, und von den Erschienenen leistete nur Einer, der Par-

Digitized by Google

zellenbesitzer Andreas R., den Eid, alle Uebrigen erklärten, daß sie von der zu beschwörenden Thatsache aus eigener Wissenschaft Nichts wüßten, daß sie aber vielfach von Andern die bereits im Jahre 1816 erfolgte Entrichtung des Zinses erfahren hätten; sie beantragten demnach ihre Verstattung zum Eide de ignorantia.

Das Kreisgericht zu Leobschütz faßte hierauf am 7. Juli 1854 die Purifikations-Resolution dahin ab:

daß der Verklagte schuldig, an den Bauer Karl B. und den Parzellenbesitzer Andreas R. als Mitbesitzer des Rittergutes Bratsch einen nach Verhältniß ihrer Theilnehmungsrechte an dem Eigenthum des Ritterguts Bratsch abzumessenden Theil desjenigen Zinses zu zahlen, welcher in Höhe von 8 Rthlrn. vom Verklagten an die Gutsherrschaft alljährlich zu entrichten und termino Michaelis und Georgi jedesmal mit 4 Rthlrn. abzuführen ist, Verklagter auch schuldig, an dieselben Personen einen nach gleichem Verhältniß abzumessenden Theil des für die Jahre 1848 bis 1851 mit 32 Rthlrn. rückständigen Zinses zu zahlen, die übrigen Mitglieder der klagenden Gemeinden dagegen mit ihren gleichen Ansprüchen abzuweisen,

und rechtfertigte diese Entscheidung durch Berufung auf § 275. I. 10. der Allgem. Gerichts-Ordnung, da eine theilbare Sache vorliege.

Auf die Nichtigkeitsbeschwerde der klagenden Gemeinden hat das Ober-Tribunal erkannt, daß die Purifikations-Resolution vom 7. Juli 1854 zu vernichten, in der Sache selbst aber noch nicht definitiv zu entscheiden, sondern zuvörderst nach den Vorschriften in den §§ 276 bis 278. I. 10. der Allg. Gerichts-Ordnung zu verfahren, und demnächst anderweitig die Purifikations-Resolution abzufassen.

Gründe:

Die in der Nichtigkeitsbeschwerde erhobenen Angriffe: daß die Purifikatoria gegen die Grundsätze über die Wirkung eines

Digitized by Google

Judikates und wider die §§ 8. 41. 44. I. 2. des Allgem. Landrechts verstoße, sind begründet. Denn die Eidesformel ist in dem zu purifizirenden Appellations-Erkenntnisse vom 8. Februar 1853 nicht bestimmt worden, durch dasselbe mithin auch nicht rechtskräftig entschieden, daß von den klagenden Gemeinden der ihnen anvertraute Eid de veritate abzuleisten sei; indem daher der purifizirende Richter nur wegen der Weigerung, den Eid in dieser Form zu leisten, und ungeachtet des Erbietens zum Ignoranzeide, annahm, die Partei könne oder wolle den Erfüllungseid nicht schwören, dehnte er die Grenzen der Rechtskraft des beregten Erkenntnisses unstatthaft aus. Auch faßte er außerdem dessen Wirkung falsch auf, indem er, statt eine der alternativen Bestimmungen des Appellations-Erkenntnisses festzusetzen, statt den als Gutsherrschaft klagenden Gemeinden den streitigen Grundzins abzusprechen oder zuzuerkennen, völlig Neues bestimmte, da er den Verklagten verurtheilte, einen verhältnißmäßigen Antheil der Abgabe an zwei Gemeindemitglieder zu entrichten, die übrigen Gemeindemitglieder dagegen mit ihren gleichen Ansprüchen abwies, — § 1. I. 16., § 25. I. 15. der Allgem. Gerichts-Ordnung.

Durch den zuletzt gerügten Fehler, aus der Ansicht hervorgegangen, daß eine theilbare Sache der Gegenstand des Eides sei, während der Grundzins, um den es sich handelt, als eine Dominialabgabe für den Fall der Eidesleistung den klagenden Gemeinden als berechtigter Gutsherrschaft zugesprochen wurde, verletzte der Richter zugleich die in den vom Imploranten bezeichneten Gesetzstellen enthaltenen Rechtssätze über die Eigenschaft der mit unbeweglichen Sachen verbundenen Rechte, — §§ 8. und 44. I. 2. des Allgem. Landrechts, — und über den Begriff untheilbarer Sachen, — § 41. a. a. O. Denn das Rittergut, dem das Recht zur Erhebung des beregten Zinses bedingungsweise zuerkannt ist, befindet sich im gemeinschaftlichen Eigenthume der klagenden Gemeinden, ihnen kommen demnach die Eigenthumsrechte an dem Gute und den damit

Digitized by Google

verknüpften Befugnissen nur ungetheilt zu, — § 1. I. 17. a. a. O., und keinem einzelnen Gemeindemitgliede gebührt vor der Theilung der Nutzungen ein volles Verfügungsrecht über Antheile an einzelnen Gutseinnahmen, — §§ 10. 44. 241.

Hiernach mußte die angefochtene Purifikations-Resolution vernichtet, — § 4. No. 1., §§ 7. und 17. der Verordnung vom 14. Dezember 1833, und die Sache zum ordnungsmäßigen Verfahren über die Abnahme des nothwendigen Eides nach den Vorschriften in den §§ 276. ff. I. 10. der Allgem. Gerichts-Ordnung und demnächst zur anderweitigen Abfassung der Purifikatoria an den Prozeß-Richter verwiesen werden, dessen Beurtheilung es überlassen bleiben muß, ob etwaige dabei über die Art der Eidesleistung entstehende Streitigkeiten von der Art sind, daß ihre Entscheidung nur durch ein Erkenntniß erster Instanz erfolgen kann.

Wir halten diese Entscheidung nicht für richtig. Das Appellations-Erkenntniß vom 8. Februar 1853 hat ganz unzweifelhaft einen Veritätseid von den klagenden Gemeinden gefordert. Die Normirung de veritate scheint uns klar dadurch ausgesprochen, daß der Appellations-Richter den Gemeinden einen dahin zu leistenden Eid aufgelegt hat, daß der Besitzer ꝛc. entrichtet habe. Die Annahme des Ober-Tribunals, daß ein an ein Rittergut zu entrichtender Grundzins eine untheilbare Sache sei, findet in den allegirten Gesetzen keine Rechtfertigung, da die unbeweglichen Pertinenzien der Rittergüter nirgends für untheilbare Sachen erklärt sind, sie wird durch § 91. II. der Hypotheken-Ordnung und § 7. No. 2. des Gesetzes, betreffend die Vertheilung von Grundstücken, vom 3. Januar 1845 (Gesetz-Sammlung Seite 27.) widerlegt. Endlich hat zwar das Appellations-Erkenntniß nur die Folgen der Eidesleistung oder Nichtleistung durch die Gemeinden festgestellt; einer Feststellung für den eingetretenen Fall bedurfte es aber nicht, da der § 275. I. 10. der Allg. Gerichts-Ordnung die Fol-

Digitized by Google

gen im Voraus bestimmt. Es ist deshalb auch der Fall, wenn von mehreren zum Eide verstatteten Litiskonsorten nur einige den Eid leisten, von dem vorliegenden Falle durchaus verschieden.

No. 75. – II. Senat. Sitzung v. 26. April 1855.

Revision.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Neu-Stettin.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Cöslin.

Persönliche Verpflichtung des ersten Konstituenten des Altentheils. Ort der Erfüllung des Altentheils-Vertrages.

a. Auch der ursprüngliche Konstituent eines Altentheils ist nur zur Prästation der während seiner Besitzzeit fälligen Abgaben verpflichtet; mit dem Verkauf des Hofes erlischt seine Verpflichtung.*

A. L. R. I. **11.** § 602., **2.** § 137., **19.** § 7.

b. Durch dieses Prinzip ist jedoch ein besonderer Entschädigungsanspruch an den abgezogenen Hofwirth auch noch über seine Besitzzeit hinaus wenigstens nicht durchaus abgeschnitten.

c. Wird die ursprüngliche Erfüllungsart durch Schuld des Verpflichteten unmöglich, so muß er der Regel nach die zu leistende Entschädigung an dem demnächstigen Wohnsitz des ausgetriebenen Altsitzers prästiren.

A. L. R. I. **5.** §§ 247, 248. 396. 370.

d. Der vom Hofe ausgetriebene Auszügler ist jedoch dieserhalb nicht befugt, sich seinen künftigen Wohnort nach Belieben zu wählen.

* Vergl. Archiv für Rechtsfälle Bd. 12. S. 342. u. den Rechtsfall No. 36. S. 120. dieses Bandes.

Digitized by Google

Durch Vertrag vom 26. März 1836 hatte die verwittwete G. ihrem Sohn Karl G. ihr zu Gönne belegenes Grundstück verkauft, wogegen dieser sich zur Gewährung eines demnächst eingetragenen Altentheils verpflichtet hatte. Durch die lieblose Behandlung des Sohnes gezwungen, hatte sie demnächst dessen Haus verlassen und sich nach Lubow begeben. Gestützt auf den § 369. I. 5. des Allgem. Landrechts trug sie sodann gegen ihren genannten Sohn klagend darauf an: denselben zu verurtheilen, ihr von Marien 1853 ab als Entschädigung für die außer dem Hause in Natur nicht zu gewährenden Prästationen 68 Rthlr. zu zahlen, die außerdem zu liefernden Gegenstände (5 Scheffel Roggen u. s. w.) aber nach ihrem jetzigen Wohnorte Lubow zu liefern. — Der erste Richter erkannte diesem Antrage gemäß. Der Verklagte appellirte und machte namentlich geltend:

1. daß er seinen Hof während des Prozesses am 6. September 1853 verkauft, und die Klägerin sich von da ab an den jetzigen Besitzer halten müsse, da es sich um ein auf dem Hofe eingetragenes Realrecht handle;

2. daß die Klägerin die von ihr verlangte Geldsumme nebst den Naturalien in Gönne in Empfang nehmen müsse und nicht die Leistung in Lubow verlangen könne.

Die Klägerin machte hiergegen geltend, daß der Verklagte ihr für den Altentheil nicht blos als Besitzer des mit demselben belasteten Hofes, sondern aus dem Vertrage vom 26. März 1836 auch persönlich verhaftet sei. Der zweite Richter erkannte hierauf: daß der Verklagte nur schuldig, während seiner Besitzzeit, d. h. bis zum 6. September 1853, für die geforderten Gelder und Naturalien aufzukommen, wogegen Klägerin verbunden, dieselben in Gönne in Empfang zu nehmen.

Auf seitens der Klägerin eingelegte Revision hat das Ober-Tribunal das zweite Urtheil, insoweit Klägerin danach für verbunden erachtet worden, die ihr für Marien bis zum 6. September 1853 zugesprochenen Geld-Entschädigungen und

Digitized by Google

Natural-Präſtationen zu Gönne in Empfang zu nehmen, dahin abgeändert, daß Verklagter vielmehr ſchuldig, dieſe Leiſtungen auf ſeine Koſten frei in Lubow zu gewähren, im Uebrigen aber das gedachte Urtheil beſtätigt.

Gründe:

Der Appellations-Richter iſt bei ſeiner Entſcheidung weſentlich davon ausgegangen, daß Klägerin die Gewährung des ihr verſchriebenen Altentheils von dem Verklagten nur für die Zeit fordern könne, während welcher letzterer den Hof in Gönne beſeſſen; denn einmal werde daſſelbe laut Vertrages vom 26. März 1836 auf dieſen Hof ſelbſt angewieſen — § 602. I. 11. des Allgem. Landrechts, es ſtehe ferner als eine Realverbindlichkeit auf ſolchem im Hypothekenbuche eingetragen, — § 50. I. der Hypotheken-Ordnung, und endlich ſei die Pflicht zu deſſen Gewährung eben wegen dieſer Eintragung auf den neuen Hofwirth übergegangen, — § 137. I. 2. und § 7. I. 19. des Allgem. Landrechts. — Im Prinzip iſt nun dies allerdings auch richtig.

Bei Konſtituirung eines Auszuges oder Altentheils, d. h. derjenigen Vortheile, welche der Uebernehmer einer Ruſtikalſtelle deren vorigem Beſitzer zu ſeiner Verſorgung auf Lebenszeit anweiſet (§ 602. I. 11. des Allgem. Landrechts), wird nämlich von vornherein nicht ſowohl ein perſönlich obligatoriſches Verhältniß eingegangen, und zu deſſen größerer Sicherheit reſp. Befeſtigung ein Grundſtück mit acceſſoriſcher Wirkung zur Hypothek beſtellt; — der Altentheil wurzelt vielmehr, ohne eine prinzipale perſönliche Verpflichtung in der betreffenden Ruſtikalſtelle ſelbſt, und wenngleich deren Beſitzer wegen Gewährung deſſelben in Anſpruch genommen werden muß, ſo geſchiehet dieſes doch nur auf Grund ſeiner desfallſigen beſonderen Beziehungen, nämlich darum, weil er Repräſentant der Stelle iſt, in dieſer Eigenſchaft alle auf ihr ruhenden Laſten zu vertreten hat, letztere ihn inſofern allerdings auch treffen, und durch

Digitized by Google

die Verknüpfung seiner Person mit dem Grundstücke — wegen des Eigenthumsbesitzes — ein obligatorisches Verhältniß begründet wird, aus welchen die persönliche Verpflichtung hervorgehet, alle während der Besitzzeit fällig werdenden Abgaben und Leistungen zu decken resp. zu gewähren.

In einem eben solchen Verhältnisse befindet sich nun auch der ursprüngliche Konstituent des Altentheils, derjenige neu eintretende Wirth, welcher dem abgehenden, seinem unmittelbaren Vormanne, Wohnung, Kost und Pflege oder Natural-Prästationen, Land- und Viehnutzung resp. anderweite Vortheile zu seiner Versorgung in, auf und aus dem übernommenen Hofe zusichert. Letzterem wird auf diese Weise eine Reallast auferlegt, und der Auszügler überkommt damit ein selbstständiges dingliches Recht, welches ohne Rücksicht auf eine bestimmte Person unmittelbar gegen das Grundstück geltend gemacht werden darf, mithin kein bloßes Accessorium einer persönlichen Verbindlichkeit ist, wie die Hypothek.

Im vorliegenden Falle enthält auch der Vertrag vom 26. März 1836 Nichts, was den vorstehend entwickelten Grundsätzen über die rechtliche Natur des Altentheils irgendwie zuwider wäre, und gehet namentlich die persönliche Verpflichtung des Revisen aus dem Kontrakt in keiner Art weiter, als oben angedeutet wurde, resp. sein Besitz des Hofes mit sich brachte, — insbesondere ist kein ersichtlicher Grund vorhanden, ihn und überhaupt den ersten Besteller eines Altentheils noch über seine Besitzzeit hinaus für die Gewährung der einzelnen Rubriken desselben auch noch persönlich verhaftet machen zu wollen; — es würde das der rechtlichen Natur einer Reallast ebenso sehr, wie der faktischen Gestaltung der Dinge widersprechen, welche ja den bisherigen Wirth, nachdem er das betreffende Grundstück veräußert und übergeben, von jeder fernern Disposition über daffelbe ausschließt und es ihm, wenigstens für den Theil des Auszuges, welcher in Wohnung, Vieh oder Landnutzung und ähnlichen nur in oder auf dem Hofe selbst zu genießenden Vor-

Digitized by Google

theilen bestehet, rein unmöglich macht, dem Anspruche persönlich gerecht zu werden.

Demnach finden hier ganz dieselben Grundsätze Anwendung, welche für den Uebergang eingetragener, aus speziellen Rechtstiteln herrührender Reallasten eines Grundstücks, sowohl in allgemeiner als spezieller Berücksichtigung des Altentheils durch die Plenarbeschlüsse vom 22. April 1844 (Entscheidungen Bd. 10. S. 12.), vom 15. Mai 1854 (Entscheidungen Bd. 28. S. 29.), vom 8. Januar 1855 (Justiz-Ministerial-Blatt Seite 54.) und durch die Senats-Entscheidungen vom 29. November 1849 (Entscheidungen Bd. 18. S. 316.) und vom 16. Februar 1854 (Entscheidungen Bd. 27. S. 280.) bereits angenommen und seitdem in zahlreichen ähnlichen Fällen beim höchsten Gerichtshofe konsequent festgehalten worden sind, gegen welche auch Revidentin jetzt Nichts von Erheblichkeit beigebracht hat, namentlich die Judikate vom 10. April 1851 (Entscheidungen Bd. 21. S. 44., Präjudiz No. 2288.), und vom 11. Oktober 1853 (Entscheidungen Bd. 26. S. 310., Präjudiz No. 2479.) nicht ins Gewicht fallen, indem beide nur von rückständig gebliebenen Reallasten sprechen, für welche der Erwerber eines mit solchen beschwerten Grundstücks nach dem ersteren haften soll, selbst wenn sie vor seiner Besitzzeit erwachsen wären, der Veräußerer des Grundstücks aber zufolge des letztern auch noch persönlich in Anspruch genommen werden kann, soweit sie in seine Besitzzeit fallen.

Dort sind also zwei von der gegenwärtig vorliegenden ganz verschiedene Fragen beantwortet, und mit dieser haben denn auch die im Revisions-Berichte angezogenen Vorschriften der §§ 122–125. I. 2. des Allgem. Landrechts, indem sie den Begriff der persönlichen Rechte und Verbindlichkeiten resp. der subjektiv-dinglichen Rechte definiren, ebensowenig Etwas zu schaffen, als die §§ 270. 285. und 394. I. 5., wo von Erfüllung der Verträge, von der Pflicht zur Vergütung des ganzen Interesses seitens desjenigen, welcher einen Andern beim Ab-

Digitized by Google

schlusse oder bei Erfüllung eines Vertrages aus Vorsatz oder grobem Versehen verletzte, und von dem Rechte gehandelt wird, auf Erfüllung oder Entschädigung zu klagen. Ohne Einfluß auf die Entschädigung des jetzigen Streits in seiner obigen Richtung ist ferner der § 602. I. 11. des Allgem. Landrechts, der im Allgemeinen nur angiebt, was man unter einem Auszuge oder Altentheile zu verstehen habe, — desgleichen der § 50. I. der Hypotheken-Ordnung, welcher die Realverbindlichkeiten bezeichnet, deren Eintragung unter Rubrika II. erfolgen soll, nicht minder endlich die, über die Wirkung einer gehörig erfolgten Citation sprechende Stelle — § 48. I. 7. der Allg. Gerichts-Ordnung; — denn in keiner einzigen der angezogenen Vorschriften findet sich irgend eine auch nur entfernte Andeutung für den von der Revidentin aufgestellten und vertheidigten Satz:

daß der Besteller einer Reallast und insbesondere eines Altentheils über die Zeit seines Besitzes hinaus noch für dieselbe verhaftet sein solle und vermöge einer abgesondert bestehenden persönlichen Hauptverbindlichkeit auch nach erfolgter Veräußerung des belasteten Grundstücks wegen solcher in Anspruch genommen werden könnte; —

und sie selbst hat die Rückwirkung jener Gesetzstellen und deren entscheidende Kraft im vorliegenden Falle nicht weiter dargelegt.

Das Prinzip mit seinen rechtlichen Konsequenzen wird übrigens an sich auch dann und dadurch noch nicht alterirt, wenn der Auszügler durch eine brutale Behandlung des Hofwirthes sich veranlaßt findet, vom Hofe abzuziehen, und richterlich dazu befugt erachtet wird, — die Unmöglichkeit der ursprünglich bestimmten oder vorausgesetzten Erfüllung des Vertrages also in einer groben Schuld des Verpflichteten beruhet, und die Verhältnisse sich dahin gestaltet haben, daß der Berechtigte in Gemäßheit des § 368. I. 5. des Allgemeinen Landrechts eine andere Art der Erfüllung wählen konnte, welche demnächst richterlich genehmigt resp. festgestellt ward. Denn die Bestimmungen,

Digitized by Google

welche anstatt der kontraktlich zu fordernden nunmehr zu gewähren sind, treten nicht unbedingt für immer an die Stelle der letzten, es liegt auch in der, unter Umständen wie die obigen, abgeänderten Erfüllungsart keineswegs eine Novation im Sinne des § 454. I. 16. des Allgem. Landrechts, da weder eine neue Verbindlichkeit ausdrücklich an die Stelle der vorigen gesetzt, noch diese überhaupt in Wegfall gebracht oder ganz aufgehoben ist, sie dauert vielmehr nach wie vor fort, bleibt in ihrer rechtlichen Bedeutung auch fernerhin bestehen und muß daher ihre uranfängliche Wirkung wieder äußern, sobald der faktische Grund zur Abänderung beseitigt ist. Dies geschieht aber, indem der bisherige Wirth aus seinem Verhältnisse zum Hofe und damit auch zum Altsitzer scheidet; mit dem Augenblicke, wo er das belastete Grundstück an einen neuen Erwerber abtritt, hört seine fernere Verhaftung für den darauf ruhenden Altentheil auf, und die Folgen seiner kontraktwidrigen Handlungsweise gehen — weil sie eben nur in seiner Person beruheten — auf den Nachlaßbesitzer nicht über, vielmehr gilt für diesen rein das ursprünglich konstituirte Verhältniß, und in letzteres tritt nun auch der Auszügler zurück.

Mit diesen Grundsätzen befindet sich das Appellations-Urtheil im Einklange, und mußte daher in der Hauptsache bestätigt werden.

Es läßt sich aber auf der andern Seite allerdings nicht verkennen, daß der Altsitzer, welcher nicht allein die ihm zugesicherte Wohnung aufgeben und ein anderes Obdach aufsuchen mußte, sondern in Folge dessen auch diejenigen Vortheile und Nutzungen entbehrte, welche nur in und auf dem Hofe bezogen und genossen werden können, und dem hierfür von dem Hofwirthe, wegen dessen gröblichen Verschuldung, eine angemessene Geld-Entschädigung zu gewähren ist, nicht sofort wieder in das alte Verhältniß möchte zurückkehren können, wenn der mit dem Auszuge belastete Hof an einen andern Wirth übergehet. Denn abgesehen davon, daß hierzu mindestens die Kenntniß des ge-

Digitized by Google

schlossenen Vertrages und der erfolgten Besitzveränderung nothwendig ist, wird es immer noch einer Frist bedürfen, um die wegen der anderweiten Wohnung, Pflege und Unterhaltung eben eingegangenen Verbindungen zu lösen, die Uebersiedelung selbst vorzubereiten und zu bewirken, andererseits aber auch auf dem Hofe die sonstigen Altentheilsnutzungen wieder einzurichten, und überhaupt eine Uebergangsperiode eintreten, auf welche die Thatsachen, in denen die einstweilige Abänderung der Kontrakts-Erfüllungsart beruhet, nachhaltig fortwirken, dergestalt, daß ein besonderer Entschädigungs-Anspruch an den abgezogenen Hofwirth auch noch über seine Besitzzeit hinaus durch das in der Hauptsache zur Geltung gebrachte Prinzip wenigstens nicht durchaus abgeschnitten erscheint.

Und dies muß hier gelegentlich umsomehr ausgesprochen und anerkannt werden, als eine wohl scharfe Anwendung des sonst an sich richtigen Grundsatzes für den Altsitzer die traurige Folge haben könnte, daß er durch einen, ohne sein Vorwissen und hinter seinem Rücken geschlossenen, vielleicht erst nach längerer Zeit zu seiner Kenntniß gekommenen Vertrag, also durch eine völlig einseitige Handlung des ihm Verpflichteten, um einen Theil der Vortheile und Nutzungen käme, die ihm zur Lebensnothdurft versichert wurden.

Ob und inwieweit vorliegenden Falls Umstände obwalten, welcher nach jener Richtung hin einen anderweiten Entschädigungs-Anspruch rechtfertigen möchten, konstirt nicht; es fehlen auch alle thatsächlichen Unterlagen, um der Klägerin (Revidentin) einen solchen in bestimmt formulirter Weise oder Grenze besonders vorzubehalten, man ersiehet sogar nicht einmal, wann dieselbe von dem zwischen ihrem Sohne und dem jetzigen Hofwirthe abgeschlossenen Vertrage Kenntniß erhalten, und ob sie vielleicht bereits aufgefordert gewesen ist, in die Altentheilswohnung zurückzukehren, so daß es ihr lediglich überlassen werden muß, ihre weiteren etwaigen Gerechtsame zum Austrage zu bringen.

Digitized by Google

Dagegen war in Betreff des Ortes, wo der Verklagte (Revise) die ihm noch anheimfallenden Leistungen gewähren soll, eine Abänderung des zweiten Urtheils nothwendig. Der Appellations-Richter hat nämlich angenommen, daß Verklagter (Revise) nicht verpflichtet sei, der Klägerin (seiner Mutter) das Altentheil kostenfrei nach ihrem jetzigen Wohnorte zu liefern, letztere vielmehr die Transportkosten selbst tragen müsse, indem Verklagter nach § 248. I. 5. des Allgemeinen Landrechts den Altentheil nur in Gönne zu gewähren habe. Diese Gesetzstelle paßt indessen hier nicht, es ist dabei, ebenso wie in dem vorausgehenden § 247., der Fall vorausgesetzt, daß über den Ort der Erfüllung eines Vertrages überhaupt Nichts bestimmt wäre: — dann soll bei entstehendem Streite die desfallsige Lücke nach der Natur des Geschäfts, oder der sonst deutlich erhellenden Absicht der Kontrahenten richterlich ergänzt, eventuell aber, und wenn nach dieser Regel keine Entscheidung zu treffen sein möchte, und nach dem Vertrage Etwas zu geben wäre, die Ablieferung an dem Orte erfolgen, wo der Berechtigte zur Zeit des Kontrakt-Abschlusses gewohnt hat.

Eine solche richterlich zu ergänzende Kontraktslücke ist nun hier gar nicht vorhanden, aus dem Vertrage vom 26. März 1836 ergiebt sich vielmehr, daß er in Gönne zu erfüllen sei; es handelt sich indessen jetzt auch gar nicht um die Erfüllung dieses Vertrages selbst, sondern um eine an Stelle der ursprünglichen tretende andere Erfüllungsart. Weil jener durch grobe Schuld des Verklagten unmöglich geworden, soll diese ihr substituirt werden, Verklagter Entschädigung für diejenigen Nutzungen gewähren, welche Klägerin wegen des als gerechtfertigt erachteten Abzuges vom Hofe entbehren muß. Diese würde nun keine vollständige im Sinne der §§ 369. 370. I. 5. des Allgem. Landrechts sein, wenn sich Klägerin solche vom Verklagten holen oder abholen lassen, oder die Uebersendungskosten tragen müßte, und eben dasselbe gilt von dem Transporte der Naturalien. Verklagter bleibt daher verpflichtet, seine

Digitized by Google

Verbindlichkeit, wie sie im Urtheil konstatirt worden, in Lubow — dem jetzigen Wohnorte der Klägerin — zu erfüllen, umsomehr, als er gegen die Angemessenheit der Entfernung keine besonderen Einwendungen gemacht, insbesondere nicht erinnert hat, daß Klägerin entweder im Dorfe Gönne selbst oder in einem näher gelegenen Orte passendes Unterkommen hätte finden können. Wäre ein solcher Einwand erhoben, dann würde allerdings eine weitere Prüfung haben eintreten müssen, indem der vom Hofe ausgetriebene Auszügler dieserhalb immer noch nicht befugt bleibt, sich seinen künftigen Wohnort nach Belieben zu wählen, und dorthin die Lieferung der Altentheils-Prästationen zu fordern, es vielmehr dem richterlichen Ermessen anheimgestellt bleiben muß, in Fällen der Art nach den obwaltenden besonderen sowohl persönlichen als lokalen Verhältnissen die endliche Entscheidung zu treffen.

No. 76. — III. Senat. Sitzung v. 30. April 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Luckau.

Besitz des Rechtes zur Benutzung des Wassers eines Privatflusses.

a. Die bisherige Benutzungsweise des Wassers eines Privatflusses bildet für den Benutzenden seinen Besitzstand.*

b. Derselbe ist, wenn er durch eine dem Gesetz vom 28. Februar 1843 zuwiderlaufende Wasserleitung beeinträchtigt wird, in possessorio zu schützen.

Gesetz vom 28. Februar 1843 § 13. No. 2. (Ges.-Samml. S. 41.)

* Da dieser Satz, obschon er den Gründen des hier wiedergegebenen Erkenntnisses wörtlich entnommen ist, in seiner allgemeinen Fassung doch nicht ohne Bedenken sein dürfte, so ist bei der Darstellung genauer, als wohl sonst erforderlich gewesen wäre, auf die Besonderheiten des Falles eingegangen worden.

Digitized by Google

Die Grundstücke beider Parteien liegen hintereinander an demselben Privatflusse, und ist das Wasser des letzteren bisher beiderseits zu einem Pumpwerke benutzt worden. Der oberhalb belegene Verklagte hat jetzt das Wasser abgeleitet, ohne dasselbe bis zur Gränze des Klägers in den Fluß zurückzuführen. Dieser hat deswegen um Schutz in possessorio geklagt, ist aber in erster Instanz abgewiesen worden, weil er, wie der Richter sich ausdrückt, den Besitz eines Untersagungsrechts nicht behauptet habe; auch habe Kläger ein solches Untersagungsrecht nicht durch den Gebrauch und Besitz des unterhalb fließenden Wassers erwerben können. Endlich sei es auch gleichgültig, daß Verklagter dem Gesetze vom 28. Februar 1843 § 13. zu No. 2. zuwider das Wasser nicht dahin, wo des Klägers Grundstück anfange, zurückgeleitet habe, denn das sei nur eine in-petitorio, nicht in possessorio, zu rügende Rechtsverletzung. — Der Kläger hat darauf noch die Nichtigkeitsbeschwerde eingelegt, und dieselbe besonders aus folgenden Gründen gerechtfertigt:

Den früheren Richter treffe der Vorwurf, den Begriff und das Wesen des Besitzes eines Rechts verkannt, den § 86. I. 7. des Allg. Landrechts müßig, und deshalb fehlerhaft, den § 1. I. 31. der Allg. Gerichtsordnung nicht angewendet, und den § 13. No. 2. des Gesetzes vom 28. Februar 1843, sowie den § 99. I. 8. des Allgem. Landrechts:

> Auch in Privatflüssen darf zum Nachtheile der Nachbaren und Uferbewohner durch Hemmung des Ablaufes derselben Nichts unternommen oder verändert werden,

nicht minder den Rechtsgrundsatz:

> der Privatfluß, resp. der Wasserschatz desselben befindet sich im gemeinschaftlichen Nutzungsrechte und Besitz sämmtlicher an denselben gränzenden Uferbesitzer,

ferner den § 77. I. 7. des Allg. Landrechts:

> Rechte, welche mit dem Besitze einer Sache verbunden sind, werden mit der Sache zugleich übergeben,

Digitized by Google

endlich die §§ 33. und 34. I. 3. des Allg. Landrechts:

§ 33. Wer eine Handlung begeht, übernimmt auch alle daraus folgenden Pflichten;

§ 34. Er ist also verpflichtet, Alles zu thun, durch dessen Unterlassung die Handlung selbst unerlaubt werden würde,

verletzt zu haben. Der Richter selbst gebe zu, daß sich Verklagter, weil er das Wasser nicht zur Gränze zurückgeleitet habe, im materiellen Unrechte befinde, glaube indessen dem Kläger nicht helfen zu können, weil derselbe nicht den Besitz eines besonderen Untersagungsrechts zu behaupten vermocht habe. Allein dies sei auch nicht nöthig gewesen, da Kläger als Besitzer des Ufers des Privatflusses nach § 77. I. 7. des Allg. Landrechts zugleich den Besitz aller aus diesem Verhältniß fließenden Rechte, hiermit aber auch Anspruch auf den possessorischen Schutz derselben erlangt habe. Zu demselben sei er hier insbesondere nach § 99. I. 8. des Allgem. Landrechts berechtigt, weil der Verklagte unerlaubter Weise den Wasserlauf des Privatflusses verändert habe. — Zur Beschönigung dieses Verfahrens dürfe sich Verklagter nämlich nicht auf das Gesetz vom 28. Februar 1843 berufen und sagen, er habe, soweit er das Wasser ableitete, sich in den Schranken dieses Gesetzes bewegt, und nur soweit er das Wasser nicht zur Grenze zurückgeleitet, habe er dem Kläger zwar ein materielles, indessen nicht ein in possessorio wieder auszugleichendes Unrecht zugefügt. Denn die Handlung des Verklagten darf nicht getheilt werden. Und seine Ableitung des Wassers, welche, wenn er dasselbe vor der Gränze des Klägers in den alten Wasserlauf zurückgeleitet hätte, erlaubt gewesen sein würde, sei dadurch, daß er das Wasser nicht auf diese Weise zurückgeleitet hat, zu einer unerlaubten Handlung geworden nach § 33. und 34. I. 3. des Allg. Landrechts! Ueberhaupt aber habe das Gesetz vom 28. Februar 1843 den § 99. I. 8. des Allg. Landrechts nicht ganz aufgehoben, sondern nur, in ge-

Digitized by Google

wissen, näher entwickelten Fällen beschränkt. Da nun die Bedingung der ganzen Wirksamkeit des Gesetzes vom 28. Februar 1843 nach § 13. No. 2. desselben immer durch die Zurückleitung des Wassers bedingt sei, Verklagter aber diese Bedingung unerfüllt gelassen habe, so komme in vorliegendem Falle immer noch der für diesen Fall nicht aufgehobene § 99. I. 8. des Allg. Landrechts zur Anwendung. — Es sei übrigens ebenso sehr auch durch die unterlassene Zurückleitung des Wassers der § 13. No. 2. des Gesetzes vom 28. Februar 1843 direkt verletzt, und der possessorische Schutz jedes Uferbesitzers gegen eine solche Verletzung aus dem gemeinschaftlichen Besitze des gemeinschaftlichen Nutzungsrechtes aller Uferbesitzer an dem ganzen Wasserschatze des Privatflusses gerechtfertigt.

Vom Ober-Tribunal ist darauf, wie es scheint, nur der letzte dieser Angriffe für erheblich erachtet, und das angefochtene Erkenntniß vernichtet worden aus folgenden

Gründen:

Der vorige Richter versagt dem Kläger den possessorischen Schutz in der Benutzung eines Privatflusses zum Betriebe seines Pumpwerks lediglich deshalb, weil er nicht im Besitze eines Untersagungsrechtes wider die vom Verklagten ungebührlicherweise vorgenommene Ableitung jenes Flusses sich befindet. Derselbe ist also der Ansicht, daß in Ermangelung des Besitzes des Untersagungsrechtes auf Seiten des Klägers kein schutzfähiger Besitz vorhanden sei. Diese Annahme verstößt wider das vom Imploranten in Bezug genommene Gesetz vom 28. Februar 1843 und insbesondere gegen den § 13. No. 2. desselben. Denn durch die bisherige Benutzung des sogenannten Unter-Grabens zum Betriebe seines Pumpwerks hat der Kläger das nach § 1. jenes Gesetzes dem Anlieger zustehende Recht, das Wasser eines Privatflusses zu seinem besonderen Vortheile zu gebrauchen, ausgeübt. Diese bisherige Benutzungsweise bildet seinen Besitzstand, worin ihn der Verklagte stört, wenn er den

Digitized by Google

Stillstand jenes Pumpwerks durch eine solche Ableitung des Wassers herbeiführt, welche, wie der § 13. No. 2. des erwähnten Gesetzes ergiebt, und der vorige Richter selbst anerkennt, gesetzlich nicht erlaubt ist. Solchergestalt stellt sich das ergangene Urtheil als hinfällig dar, während es in der Sache selbst vorab noch auf eine Beweisaufnahme ankommt.

No. 77. — I. Senat. Sitzung vom 30. April 1855.

Revision.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Brieg.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Breslau.

Verpflichtung zu den Baukosten eines Pfarrhauses.

Sind mehrere Kirchen-Gemeinden unter einem gemeinschaftlichen Pfarrer vereinigt, welcher in einer derselben sein Pfarrhaus, in der andern aber kein solches hat, so fallen die Baukosten dieses Hauses allein derjenigen Gemeinde, in welcher das Pfarrhaus gelegen ist, zur Last.

A. L. R. II. 11. §§ 725. 790-792.

Die Kirchen-Gemeinden K. und G., jede mit selbstständiger Kirche und Pfarre, sind im Jahre 1817 unter einem gemeinschaftlichen Pfarrer, welcher in K. zu wohnen hatte, vereinigt worden. Ueber das Pfarrhaus in G. ist auch von der dortigen Gemeinde anderweitig disponirt. Das ganze Verhältniß hat in dieser Weise bis jetzt unter Approbation der geistlichen Obern bestanden, bis endlich das Pfarrhaus in K. baufällig geworden, von der Kirchen-Gemeinde zu G. aber ein Beitrag zu den desfallsigen Kosten verweigert worden ist. In dem dieserhalb zwischen beiden Gemeinden entstandenen Prozesse ist in allen drei Instanzen derjenige Vertrag, mittelst dessen die

Digitized by Google

Gemeinden eigentlich (1817) vereinigt worden sind, als civilrechtlich ungültig erachtet, in der Sache selbst aber wurde in erster Instanz die klagende Gemeinde K., woselbst das noch vorhandene Pfarrhaus gelegen ist, abgewiesen, in zweiter Instanz wurde das zweite Urtheil abgeändert; in dritter Instanz ist auf die Revision der Verklagten von dem Ober-Tribunal unter Abänderung des zweiten Urtheils das erste Urtheil wiederhergestellt — aus folgenden

Gründen:

Die Klägerin will ihre Ansprüche nur in Folge des seit dem Jahre 1817 nach dem Abkommen bestandenen faktischen Zustandes aus den gesetzlichen Vorschriften herleiten. Diese stehen ihr indessen nicht zur Seite. Nach Lage der Akten haben beide Kirchengemeinden ihre besonderen Kirchen, und hatten bis zum Jahre 1817 auch ihren besonderen Prediger. Erst seit dieser Zeit ist insofern eine Veränderung eingetreten, daß der Prediger der klagenden Gemeinde K. auch der Prediger der beklagten Gemeinde ist, daß er in der letzteren Kirche die gottesdienstlichen Verhandlungen verrichtet, und daß ihm bei seiner Anwesenheit in G. in dem bisherigen Pfarrhause ein Absteigequartier eingerichtet ist. Diese Einrichtung hat nach dem Schreiben der Königlichen Regierung zu Breslau vom 6. April 1852 die Genehmigung der geistlichen Obern erhalten. — Es liegt also hier faktisch der im § 244. II. 11. des Allgem. Landrechts gedachte Fall vor, wo zwei Parochieen unter einem gemeinschaftlichen Pfarrer zusammengeschlagen worden sind. Durch diese Zusammenschlagung sind aber die Rechte der Kirche zu G. in keiner Art verändert worden; diese blieb nach wie vor zufolge des § 246. a. a. O. immer eine Mutterkirche, sie behielt nach § 247. daselbst ihre ursprünglichen Rechte. Nur die Frage: inwiefern dergleichen vereinigte Kirchen zum Unterhalt des gemeinschaftlichen Pfarrers und seiner Gehülfen beizutragen haben? soll nach § 252. nach den bestehenden Verträgen, oder in deren

Digitized by Google

Ermangelung durch die hergebrachte Verfassung einer jeden Kirche entschieden werden. Was dagegen die Unterhaltung der Wohnungen dieser Personen anbetrifft, so bestimmt der § 725. a. a. O. ausdrücklich:

Sind mehrere Kirchen nur unter einem gemeinschaftlichen Pfarrer vereinigt; so dürfen der Patron und die Eingepfarrten einer jeden solchen Kirche nur zur Unterhaltung ihrer eigenen Gebäude beitragen.

Zwar bezieht sich diese gesetzliche Bestimmung zunächst nur, wie aus ihrer Stellung zum § 712. a. a. O. hervorgeht, auf den Bau und die Unterhaltung der Kirchengebäude; es verordnet indessen der § 760. a. a. O., daß wegen Aufbringung und Vertheilung der Beiträge zu den Pfarrbauten eben die Grundsätze wie bei Kirchengebäuden stattfinden sollen, und hiernach ist der Anspruch der klagenden Gemeinde nicht gerechtfertigt. Dies würde nur dann der Fall sein, wenn die Kirche zu G. ganz eingezogen, wenn die G.'er Kirchengemeinde zu der einen gemeinschaftlichen Kirche zu K. zugeschlagen worden wäre, — § 726. a. a. O. und wo dann ihre Verpflichtung zu den Beiträgen zu den Pfarrbauten in K. aus den Bestimmungen des § 791. a. a. O., folgen würde, weil sie ein eigenes Pfarrhaus nicht mehr zu unterhalten hat. Es beruhen diese Grundsätze auch in der Natur der Sache. Hat eine Kirchengemeinde keine eigene Kirche mehr, also für die Unterhaltung der Baulichkeiten derselben nicht mehr zu sorgen, bedient sie sich zur Ausübung ihrer kirchlichen Handlungen einer andern Kirche, hat sie in Folge dessen zur Unterhaltung der Baulichkeiten dieser Kirche beizutragen, so folgt auch ihre Beitragspflicht zur Unterhaltung der Pfarrgebäude, da das Gesetz diese mit den Kirchengebäuden ganz gleich gestellt hat. Es kann hierin auch der Umstand Nichts ändern, daß das Pfarrgebäude zu G. zu andern Zwecken verwendet worden, und daß die G.'er Kirchengemeinde dies Gebäude als Pfarrgebäude nicht mehr zu unterhalten hat. Dadurch ist in ihren selbstständigen Rechten, da sie noch immer

Digitized by Google

ihre eigene Kirche besitzt, und für deren Unterhaltung sorgen muß, Nichts geändert; sie ist eine unter einem Prediger nur zusammengeschlagene, keineswegs aber eine einer andern Kirche zugeschlagene Kirchengemeinde geblieben. Unter diesen Umständen ist auch gar nicht abzusehen, wie die beklagte Gemeinde dazu kommen sollte, blos deshalb, weil sie sich des K.'er Pfarrers zur Abhaltung ihrer gottesdienstlichen Handlungen bedient, und diesen dafür salarirt, nunmehr auch zur Unterhaltung der bis dahin von der Klägerin allein bestrittenen Kosten der Bauten und Reparaturen der K.'er Pfarre beizutragen. Dazu hätte es eines rechtsverbindlichen Abkommens, oder eines dieses ersetzenden gesetzlichen Titels, einer rechtlichen Gewohnheit, — § 710. a. a. O., Präjudiz No. 208,, bedurft; ersteres ist nicht vorhanden, wie die klagende Gemeinde selbst anerkennt, und die Existenz des letzteren ist von der Klägerin nicht behauptet worden.

Die Zurückweisung der Klägerin mußte daher unter Abänderung des zweiten Urtheils erfolgen.

In der vorstehenden Ausführung sind die für die entgegengesetzte Ansicht aus § 791. a. a. O. ex ratione legis sprechenden Zweifels-Gründe nicht recht zur Erwägung gekommen. Nach diesem Paragraphen sind eben Filial- und zugeschlagene Gemeinden von Beiträgen zu Pfarr- und Küster-Gebäuden bei der gemeinschaftlichen Kirche nur alsdann frei, wenn sie eigne dergleichen Gebäude zu unterhalten haben. Die ratio legis ist hier, sowie überall, offenbar die Gesellschaftsregel, nach welcher jeder Genosse einer Gemeinschaft, soweit er Vortheile von der Gemeinschaft hat, auch ebensoweit zu den Lasten beitragen muß. Wenn nun unter Einem Pfarrer mehrere Gemeinden mit mehreren Kirchen zu einer Parochie vereinigt sind, so kommt immer die besondere Kirche jeder besondern Gemeinde, welche natürlich in ihre Kirche geht, zu gute, daher Nichts natürlicher ist, als daß jede Gemeinde für ihre Kirche zu sorgen hat. — In eben diesem Falle aber ist es in Betreff des

Digitized by Google

Pfarrhauses, insofern nur eins da ist, eben anders, weil dies alsdann das gemeinschaftliche Pfarrhaus beider Gemeinden ist. Aus allen diesen Gründen scheint das Gegentheil der vom Ober-Tribunal aufgestellten Ansicht mindestens eben so nahe zu liegen, als der von demselben adoptirte Grundsatz.

No. 78. — V. Senat. Sitzung vom 1. Mai 1855.

Revision und Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Stralsund.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Greifswald.

Baustreitigkeit. Exceptio spolii des Gemeinen Rechts. — Präklusion mit dem Beweis. — Kontumazia.

a. Die exceptio spolii hat die Eigenschaft einer gemeinen verzögerlichen Einrede nicht verloren, sie bewirkt vielmehr nach dem Grundsatze „spoliatus ante omnia restituendus est" die Abweisung der Klage als zur Zeit unstatthaft.

b. Der dilatorischen Wirkung dieser Einrede geschieht dadurch, daß mit ihr eine auf die Restitution des spolii gerichtete Widerklage verbunden wird, nicht Abbruch.

Cap. 2. und 4. X. de ordine cognitionum (2. 10.).

c. Das Cap. I. in VI. de restitutione spoliatorum (II. 5.) ist nur dahin aufzufassen, daß der Beweis des spolii 15 Tage nach der Rechtskraft der Beweisauflage anzutreten ist, jedenfalls aber durch den § 29. der Verordnung vom 21. Juli 1849 abgeändert.

Cap. 1. in VI. de test. spol. 2. 5.; Verordnung vom 21. Juli 1849 § 29. (Gesetz-Samml. S. 307.)

Digitized by Google

d. Contumax non appellat.*

Verordnung von 21. Juli 1849 §§ 47. 60.

e. Der § 48. der Verordnung vom 21. Juli 1849 hat an den gemeinrechtlichen Grundsätzen über das beneficium appellationis, nondum deducta deducendi et nondum probata probandi, Nichts geändert. Es ist daher, zumal mit Rücksicht auf den § 29., unzulässig, einen in erster Instanz präkludirten Beweis in zweiter Instanz anzutreten.**

Verordnung vom 21. Juli 1849 §§ 29. 48.

Die die Häuser der Parteien scheidende Brandmauer hatte zu Streitigkeiten Anlaß gegeben, welche durch den Vergleich vom 18. April 1853 beseitigt wurden. Hier wurde festgestellt:

1. Der jetzige Besitzer läßt die alte Brandmauer auf seine Kosten von Grund aus abbrechen und führt eine neue auf.
2. Diese neue Mauer wird von beiden Nachbaren gemeinschaftlich benutzt, und sind beide berechtigt, Balken in dieselbe zu legen.

Gestützt auf diesen Vergleich trug der jetzige Kläger darauf an: den Verklagten zu verurtheilen, die Balken seines Hauses soweit abzuschneiden, daß er, Kläger, die neue Brandmauer aufführen könne. — Der Verklagte setzte zwei Einreden der Klage entgegen:

1. Die exceptio spolii. Kläger habe nämlich einen zu seinem, des Verklagten, Hause gehörigen Pfeiler abgebrochen und ihm dadurch erheblichen Schaden zugefügt.
2. Die Einrede des nicht erfüllten Vergleiches. Kläger

* Vergl. Archiv für Rechtsfälle Bd. 8. S. 32.

** Dieser Rechtsgrundsatz weicht von demjenigen vollständig ab, welcher in den Landestheilen, in denen das Gesetz vom 1. Juni 1833 gilt, zur Anwendung kommt. Wir sind der Meinung, daß sich mit Rücksicht auf den § 48. der Verordnung vom 21. Juli 1849 eine mit so erheblichen Folgen verbundene Verschiedenheit in den Prozeßgrundsätzen nicht annehmen läßt.

Digitized by Google

habe nämlich die alte Brandmauer nicht ganz, sondern nur zum Theil abgerissen, worauf dieser erwiederte, daß dies mit Bewilligung des Verklagten geschehen sei. Der letztere, indem er zugleich eine Widerklage anstellte, trug darauf an: den Kläger in der Konvention abzuweisen, in der Rekonvention den Widerverklagten zum Ersatz des durch den Abbruch des Pfeilers verursachten Schadens, sowie zum vollständigen Abbruch der alten Mauer zu verurtheilen.

In dem Audienztermine war der Verklagte weder persönlich noch durch seinen Anwalt erschienen. Das Kreisgericht legte ihm sofort Beweis über die exceptio spolii auf, verweigerte die gegen das Ausbleiben und seine Folgen erbetene Restitution, erklärte im Endurtheil mit Rücksicht auf den § 29. der Verordnung vom 21. Juli 1849 den auferlegten Beweis für desert, wies ihn in der Rekonvention ab, und verurtheilte ihn in der Konvention dem Klageantrage gemäß.

Der Verklagte appellirte und begehrte, über die exceptio spolii in zweiter Instanz zum Beweise verstattet zu werden. Nachdem dies geschehen, erkannte der zweite Richter: daß Kläger nicht nur zur Zeit abzuweisen, sondern auch dem Verklagten und Widerkläger den ihm durch Abbruch des Pfeilers entstandenen Schaden zu ersetzen habe; in Betreff des vom Verklagten geforderten Abbruches der Mauer wurde dagegen das erste Urtheil bestätigt. Der zweite Richter führte aus, daß es nach § 29. der Verordnung vom 21. Juli 1849 unzulässig gewesen, den Verklagten mit seinem Beweise zu präkludiren, daß dieser Beweis jedenfalls nach § 48. in zweiter Instanz zu erheben, daß die exceptio spolii dargethan, und daß somit ihre im zweiten Urtheil festgesetzten Wirkungen eintreten müßten. Was dagegen den geforderten vollständigen Abbruch der alten Mauer anlange, so habe Verklagter der Behauptung des Klägers nicht widersprochen, sie sei erheblich und in contumaciam für festgestellt zu erachten.

Digitized by Google

Der Kläger legte gegen dieses Urtheil die Revision ein und führte aus:

1. Die exceptio spolii sei durch den § 13. litt. a. der Verordnung vom 21. Juli 1849 beseitigt und überhaupt ohne Effekt, wo sie, wie hier, mit einer Widerklage verbunden und nicht in 14 Tagen bewiesen worden.

2. Ein in erster Instanz mit Recht präkludirter Beweis habe nach den §§ 27. 29. 67. 68. 74. 48. der Verordnung vom 21. Juli 1849 in zweiter Instanz nicht zugelassen werden dürfen.

Der Verklagte resp. dessen Erben fühlten sich dagegen beschwert, weil jener mit seinem Antrage, den Kläger zum Abbruch der alten und Aufführung einer neuen Mauer zu verurtheilen, abgewiesen worden. Sie legten die Nichtigkeitsbeschwerde ein und behaupteten die Verletzung des § 48. der Verordnung vom 21. Juli 1849. Sie führten aus: Seien Nova in appellatorio zulässig, so könne auch die contumacia durch das Bestreiten des für zugestanden Erachteten abgewendet werden. Die Behauptung des Klägers, wonach die alte Mauer mit des Verklagten Zustimmung nicht von Grund aus niedergerissen worden, sei nun aber von ihm implicite in der Appellations-Rechtfertigung, mit ausdrücklichen Worten in dem Audienztermine zweiter Instanz bestritten worden.

Das Ober-Tribunal hat hierauf

in Erwägung:

daß

1. hinsichtlich der Beschwerde des Revidenten es nur noch auf eine Prüfung der von Seiten der Revisen der Klage des Revidenten entgegengesetzten Einreden ankommen kann;

daß, was zunächst die Spolien-Einrede betrifft, es hier einer Erörterung darüber,

ob derselben noch jetzt eine den Verklagten von der Einlassung auf die Klage befreiende Wirkung zuzugestehen ist,

Digitized by Google

um deswillen nicht bedarf, weil in dieser Art von dem Erblasser der Revisen die gedachte Einrede nicht gebraucht worden, derselbe vielmehr mit deren Vorschützung zugleich event. die Litiskontestation verbunden hat; daß sich aber jedenfalls daraus, wenn die fragliche Einrede jene ihre ursprüngliche Wirkung jetzt nicht mehr haben sollte, keineswegs, wie Revident will, folgern läßt, daß dieselbe auch die Eigenschaft einer gemeinen verzögerlichen Einrede verloren habe; daß vielmehr nach dem unaufgehoben gebliebenen Grundsatze: »spoliatus ante omnia restituendus est«, jener Einrede noch immer die Wirkung beigemessen werden muß, daß ihre Vorschützung, wenn sie sonst an sich begründet und bewiesen ist, zur Folge hat, daß die erhobene Klage, wie auch vom Appellations-Richter mit Recht angenommen worden, als zur Zeit unstatthaft zurückzuweisen ist;

in Erwägung ferner, daß es zwar richtig ist, daß der Erblasser der Revisen das von ihm behauptete Spolium, worauf sich jene Einrede gründet, zugleich zum Gegenstand einer auf die Restitution, oder vielmehr auf den Ersatz des ihm durch dieses Spolium verursachten Schadens gerichteten Widerklage gemacht hat; daß sich jedoch dem Revidenten ebenfalls darin nicht beipflichten läßt, wenn derselbe behauptet, daß hierdurch die Spolien-Einrede als ganz fortgefallen betrachtet werden müsse, weil selbige mit jener Widerklage völlig unvereinbar sei und von der letzteren durch deren gleichzeitige Anstellung absorbirt werde; daß aus den hierfür von ihm in Bezug genommenen Gesetzen, den cap. 2. und 4. X. de ordine cognitionum (2. 10.) sich eine solche Unvereinbarkeit der exceptio spolii mit einer auf die Restitution gerichteten Widerklage, wie von den Revisen auch ganz richtig ausgeführt worden, nicht entnehmen läßt; daß es im Gegentheile nach der gemeinrechtlichen Praxis (Mehlen's Anleitung zum summarischen gerichtlichen Prozeß § 48. Anm. 1.) nicht zweifelhaft sein kann, daß es, ohne der dilatorischen Wirkung dieser Einrede irgend Abbruch zu thun,

Digitized by Google

völlig zulässig ist, mit der Spolien-Einrede gleichzeitig eine auf die Restitution des Spoliums gerichtete Widerklage zu verbinden; daß ebenso auch die Behauptung des Revidenten, daß, weil der Erblasser der Revisen das von ihm behauptete Spolium nicht binnen fünfzehn Tagen nach der Vorschützung der Einrede bewiesen habe, seine Spolien-Einrede keine Berücksichtigung finden könne, nach der gemeinrechtlichen Praxis (Mehlen, a. a. O. § 49.) nicht für richtig zu halten ist; daß, wenn auch das cap. 1. de restitutione spoliatorum in VIto (2. 5.) die Bestimmung enthält, daß der Beweis der Spolien-Einrede binnen fünfzehn Tagen beigebracht werden soll, doch diese Bestimmung, wie auch bisher in der Praxis immer geschehen ist (Seiptitz, Lehrbuch der summarischen Prozesse § 88.), sich nur dahin verstehen läßt, daß der Beweis des Spoliums fünfzehn Tage nach der Rechtskraft der desfallsigen Beweisauflage angetreten sein muß; daß es deshalb nicht weiter darauf ankommt, daß von dem Erblasser der Revisen bei der Vorschützung der Spolien-Einrede der Beweis derselben sofort durch die Namhaftmachung von drei Zeugen angetreten worden, und daß es ebensowenig einer Erörterung darüber bedarf, ob diese Beweisantretung für zutreffend und erschöpfend zu erachten war; daß es sich vielmehr, da jedenfalls auch jene Bestimmung des Kanonischen Rechts durch die Verordnung vom 21. Juli 1849 die in dem § 29. derselben enthaltene Abänderung erlitten hat, nur darum handeln kann, ob von Seiten des Erblassers der Revisen, nachdem in erster Instanz das Beweis-Interlokut vom 18. Juli 1853 ergangen war, eine den Vorschriften jenes § 29. entsprechende Antretung des durch dieses Interlokut über das fragliche Spolium von ihm erforderten Beweises stattgefunden hat;

in Erwägung, daß in dem Termine vom 18. Juli 1853, wo jenes Beweis-Interlokut verkündet worden, der Erblasser der Revisen den ihm sowohl für die Spolien-Einrede, als auch für die Widerklage auferlegten Beweis gar nicht angetreten hat;

Digitized by Google

daß er vielmehr bei seinem ungehorsamen Ausbleiben in jenem Termine auf den Kontumazial-Antrag des Revidenten mit dem ganzen ihm auferlegten Beweise präkludirt, und daß ihm hierauf, nach erfolgter Erklärung des Revidenten, die Ertheilung der von ihm gegen diese Präklusion erbotenen Restitution durch die kreisgerichtliche Verfügung vom 9. September 1853 abgeschlagen worden ist; daß der Erblasser der Revisen sich bei dieser Verfügung beruhigt und dieselbe nicht im Beschwerdewege angefochten hat; daß es deshalb jetzt keiner Erörterung weiter darüber bedarf, ob mit Recht der Erblasser der Revisen mit dem obgedachten Beweise präkludirt, und ihm die Ertheilung der hiergegen von ihm nachgesuchten Restitution abgeschlagen worden; daß es hiernach nur als völlig gerechtfertigt erscheinen kann, daß der erste Richter in seinem Erkenntnisse wegen unterbliebener Führung des erforderten Beweises nicht nur die Spolien-Einrede verworfen, sondern auch den Erblasser der Revisen mit der gleichzeitig wegen des Spoliums erhobenen Widerklage abgewiesen hat;

in Erwägung, daß der Appellations-Richter den Erblasser der Revisen in zweiter Instanz noch nachträglich zu jener Beweisführung verstattet hat, indem von ihm demselben in dem Audienztermine vom 17. Februar 1854 zu beweisen auferlegt worden ist: „daß der von dem Kläger weggebrochene Pfeiler zu seinem, des Verklagten, Hause gehört habe"; daß in Folge der hierauf in zweiter Instanz stattgefundenen Aufnahme des Beweises und Gegenbeweises der Appellations-Richter zu dem entgegengesetzten Resultate gelangt ist, und daß er wegen des von ihm als erwiesen angenommenen, durch den Abbruch jenes Pfeilers von dem Revidenten verübten Spoliums den letzteren nicht nur mit der erhobenen Klage zur Zeit abgewiesen, sondern auch schuldig erkannt hat, den Revisen den durch den Abbruch des Pfeilers verursachten, in einem besonderen Verfahren festzustellenden Schaden zu ersetzen; daß der Appellations-Richter die Zulassung des Erblassers der Revisen mit

Digitized by Google

der obengedachten Beweisführung dadurch motivirt hat, daß derselbe, weil er in dem Termine vom 18. Juli 1853, wo in erster Instanz das Beweis-Interlokut verkündet worden, nicht anwesend und auch nicht vertreten gewesen, mit dem Beweise nicht habe präkludirt werden können, und daß diese Beweisführung nach dem § 48. der Verordnung vom 21. Juli 1849 schon ohnehin für zulässig habe erachtet werden müssen; daß jedoch, nachdem der Erblasser der Revisen gegen seine auf den Kontumazial-Antrag des Revidenten eingetretene Präklusion mit dem Beweise ohne Erfolg Restitution nachgesucht, und er sich bei der, die Ertheilung derselben ablehnenden Verfügung vom 9. September 1853 beruhigt hatte, die Frage: ob derselbe mit Recht in erster Instanz mit dem ihm durch das Interlokut vom 18. Juli 1853 auferlegten Beweise präkludirt worden, — nach dem Grundsatze: »contumax non appellat« im Wege der Appellation nicht mehr zur Kognition des Appellations-Richters gebracht werden konnte; daß der letztere daher zu einer solchen Kognition nicht weiter befugt, vielmehr gehalten war, die eingetretene Präklusion des Erblassers der Revisen mit dem mehrgedachten Beweise als feststehend anzuerkennen; daß diese Desertion des Beweises aber zugleich auch für die zweite Instanz eine Ausschließung des Erblassers der Revisen mit einer ferneren oder neuen Beweisführung über das von ihm behauptete Spolium zur Folge haben mußte; daß die Ansicht des Appellations-Richters, daß eine solche Beweisführung in zweiter Instanz, jener Präklusion ungeachtet, nach dem von ihm in Bezug genommenen § 48. der Verordnung vom 21. Juli 1849 noch zulässig sei, nicht für richtig gehalten werden kann;

daß die Bestimmungen des vorgedachten Paragraphen den gemeinrechtlichen Grundsätzen über das sogenannte beneficium appellationis, nondum deducta deducendi et nondum probata probandi, überall Nichts geändert haben; daß nach diesen Grundsätzen, welche bisher auch in Neuvorpommern in Geltung gewesen sind, — (Engelbrecht, Observat. Observ. LIX.

Digitized by Google

pag. 318–320.; Mehlen, Anleitung zum gerichtlichen Prozeß Theil 2. § 398. Anmerkung 3. S. 560.) es als feststehend angesehen werden muß, daß, sobald wegen Versäumung der durch Gesetz, wie solches auch durch den § 29. der mehrallegirten Verordnung vom 21. Juli 1849 geschehen ist, für peremtorisch erklärten Beweisfrist in erster Instanz eine Desertion oder Präklusion des durch ein Beweis-Interlokut erforderten Beweises eingetreten ist, eine Nachholung dieses Beweises in der Appellations-Instanz auf Grund des obenerwähnten Benefiziums nicht mehr statthaft ist; daß daher, da hiernach von dem Appellations-Richter über das fragliche Spolium nicht weiter auf Beweis interloquirt, und noch weniger der Erblasser der Revisen mit der präkludirten Beweisführung zugelassen werden durfte, die ganze in zweiter Instanz erfolgte Beweisaufnahme bei der Entscheidung der Sache außer Betracht bleiben muß; daß hieraus aber folgt, daß bei im Uebrigen ganz unverändert gebliebener Sachlage das Resultat dieser Beweisaufnahme für den Appellations-Richter keinen Grund abgeben konnte und durfte, die bereits obenerwähnte Entscheidung des ersten Richters so, wie geschehen, abzuändern; daß deshalb auch das sich lediglich auf jenes Beweisergebniß stützende Appellations-Erkenntniß, insoweit durch selbiges die erstrichterliche Entscheidung abgeändert worden, nicht hat von Bestand bleiben können; daß vielmehr, unter Aufhebung desselben, jene Entscheidung erster Instanz lediglich wiederherzustellen gewesen ist;

in Erwägung, daß, was sodann die Einrede des nicht erfüllten Vergleichs betrifft, von den Instanz-Richtern dieselbe als unbegründet verworfen, und zugleich der auf denselben Gegenstand sich beziehende erste Theil der von dem Erblasser der Revisen erhobenen Widerklage zurückgewiesen worden ist;

daß hiergegen

II. die als Revision zu behandelnde Nichtigkeitsbeschwerde der Revision gerichtet ist; daß diese Beschwerde sich aber als unbegründet darstellt; daß jene Einrede und der damit in Ver-

Digitized by Google

bindung stehende Rekonventionsantrag: „den Revidenten schuldig zu befinden, die alte Scheide- und Brandmauer abzubrechen und eine neue Mauer von dem Fundamente an in lothrechter Richtung aufzuführen", auf der Behauptung beruht, daß der Revident, dem Vergleiche vom 18. April 1853 zuwider, statt die alte Mauer ganz abzubrechen und eine neue Mauer vom Fundamente an aufzuführen, die alte Mauer nur zum Theil heruntergenommen und nur auf und neben den Resten der alten Mauer eine neue begonnen habe; daß der Revident der obengedachten Einrede und Widerklage, außer der replica rei judicatae und der Replik des mangelnden Interesse, die Behauptung entgegengesetzt hat, daß der Erblasser der Revisen sich damit, daß der untere Theil der Mauer, weil derselbe noch völlig sicher und gut gewesen, stehen bleibe, und daß darauf die neue Mauer gesetzt werde, einverstanden erklärt habe; daß dieser Behauptung, welche der Revident in dem Audienztermine vom 18. Juli 1853 noch dahin wiederholt hat, daß er sich mit dem Erblasser der Revisen dahin verglichen, daß die Scheidemauer nicht weiter, als geschehen, abgebrochen werden solle, in erster Instanz von Seiten des Erblassers der Revisen überall nicht widersprochen worden; daß letzterer namentlich in jenem Termine ungehorsam ausgeblieben ist; daß deshalb der erste Richter die obengedachte Behauptung des Revidenten in contumaciam für zugestanden erachtet, und daß nicht minder der Appellations-Richter dies als feststehend anerkannt hat; daß in Beziehung auf die Folgen des ungehorsamen Ausbleibens in jenem Termine in Betracht kommt, daß der Erblasser der Revisen gegen die dadurch für ihn eingetretenen Versäumnisse die Ertheilung der Restitution nachgesucht hat, daß solche ihm aber durch die Verfügung vom 9. September 1853 abgeschlagen worden, und daß er sich hierbei beruhigt hat; daß dadurch die Frage: ob derselbe mit Recht für contumax erachtet worden? jeder ferneren Erörterung und Entscheidung entzogen ist, und daß das also auf seiner Seite angenommene Geständniß keiner weiteren Anfechtung unterliegt; daß jener, als eingeräumt

Digitized by Google

anzusehenden Behauptung des Revidenten aber unzweifelhaft eine, die opponirte Einrede des nicht erfüllten Vergleiches und den damit zusammenhängenden Theil der Widerklage elidirende Wirkung beigemessen werden muß; daß demzufolge die obenerwähnte Entscheidung der Instanz-Richter als völlig gerechtfertigt erscheint, ohne daß es noch besonders auf die außerdem von dem Revidenten angebrachten Repliken der entschiedenen Sache und des ermangelnden Interesse ankommen kann;

in Erwägung, daß die Revisen zwar behauptet haben, daß, wenn nach dem § 48. der Verordnung vom 21. Juli 1849 nova in appellatorio zulässig seien, auch die contumacia durch ein Bestreiten des für zugestanden Erachteten abgewendet werden könne; daß aber die obgedachte Behauptung des Revidenten in facto sowohl implicite in der Appellations-Rechtfertigungsschrift, als auch expressis verbis in dem Audienztermine vom 17. Februar 1854 bestritten worden; daß jedoch diese Behauptung insofern unrichtig ist, als die Revisen keineswegs in der Appellations-Rechtfertigungsschrift, sondern nur erst in dem Audienztermine vom 17. Februar 1854 jene Behauptung des Revidenten bestritten haben; daß hiernach aber dieses Bestreiten, selbst wenn darin ein an sich noch zulässiges novum hätte angetroffen werden können, sich offenbar als verspätet darstellt, so daß es sich nach dem letzten Satze des oben zitirten § 48. nur als gerechtfertigt betrachten läßt, daß darauf von dem Appellations-Richter gar keine Rücksicht genommen ist;

für Recht erkannt:

daß das Erkenntniß des Civil-Senats des Königlichen Appellationsgerichts ꝛc. dahin zu ändern, daß die Revisen schuldig, innerhalb acht Tagen bei Vermeidung der Exekution die nach dem Grundstücke des Revidenten hinübergewichenen Balken ihres Hauses soweit abzuschneiden oder auf andere Weise zu entfernen, daß Revident die neue Scheide- und Brandmauer in lothrechter Richtung aufführen lassen kann, die Revisen auch

Digitized by Google

mit ihrer auf den Ersatz des durch den Abbruch des an den Häusern der Parteien befindlich gewesenen Pfeilers verursachten Schadens gerichteten Widerklage abzuweisen.

No. 79. — IV. Senat. Sitzung v. 8. Mai 1855.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Gericht I. Instanz: Kreis-Gericht in Neuhaldensleben.
Gericht II. Instanz: Appellations-Gericht in Magdeburg.

Vorrecht des Eingebrachten der Ehefrau in der vierten Klasse des Konkurses.

Durch den in stehender Ehe auf die Ehefrau des Schuldners geschehenen Uebergang einer an sich nicht bevorzugten Darlehnsforderung eines Dritten an denselben erlangt diese Forderung nicht das Vorrecht der vierten Klasse in dem hiernächst über das Vermögen des Mannes eröffneten Konkurse.*

A. L. R. II. 1. §§ 208. 210. 212.; A. G. O. I. 50. § 406.

Die Ehefrau des verstorbenen Oberamtmanns W. hatte in stehender Ehe zufolge Rezesses über die Theilung ihres mütterlichen Nachlasses vom 15. September 1845 theils vermöge Erbrechts, theils vermöge Cession der Miterben eine der Erblasserin an den W. zugestandenen Darlehns-Forderung von 2000 Rthlrn. Gold erworben und bei dem hiernächst über das Vermögen ihres Ehemannes eröffneten Konkurse als Eingebrachtes zur vierten Klasse liquidirt. Der Konkurs-Kurator räumte dieser Forderung nur die siebente Klasse ein, und erfolgte demgemäß auch die Ansetzung in dem von dem zweiten Richter bestätigten Klassifikationsurtheile.

Das Ober-Tribunal hat die gegen das Appellations-Er-

* Vergl. Archiv für Rechtsfälle Bd. 13. S. 106.

Digitized by Google

kenntniß von der Liquidantin eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde verworfen.

Gründe:

Da nach § 212. II. 1. des Allg. Landrechts Dasjenige, was die Frau während der Ehe durch Erbschaften überkommt, dem Eingebrachten beigerechnet wird, so wurde jenes Aktivum, soweit die Erwerbung auf Erbgang beruht, auch ohne weitere Erklärung Eingebrachtes, was der zweite Richter auch annimmt, insofern also mit den §§ 208. 210. 212. II. 1. des Allg. Landrechts im Einklange steht und ebensowenig dem Grundsatze, daß ein Beweis der Annahme des Eingebrachten, als solchen, nicht erforderlich sei (Archiv für Rechtsfälle Bd. 13. Seite 156.), widersprochen hat.

Es folgt hieraus aber keineswegs, daß hier, wo es sich davon handelt, das unverändert gebliebene Aktivum bei der Konkursmasse zu liquidiren, mithin aus derselben wo möglich in Gelde zu realisiren, der an sich nicht bevorzugten Darlehnsforderung das Vorrecht der vierten Klasse nach § 406. I. 50. der Allg. Gerichtsordnung deshalb zustehe, weil der Ehemann der Schuldner des Aktivi war. Der § 406. paßt auf diesen Fall nicht. Er sichert der Ehefrau ein Vorzugsrecht wegen derjenigen zu ihrem Eingebrachten gehörigen Vermögensstücke zu, die entweder, weil sie in baarem Gelde bestanden, oder vermöge stattgefundenen Verbrauchs resp. Veräußerung nicht mehr in Natur gewährt werden können, an deren Stelle also die Forderung auf Erstattung auf Grund der Illation tritt. Vorhandene inferirte Effekten fordert die Frau in der ersten Klasse, — § 312. a. a. O., ebenso Grundstücke nach § 320. a. a. O.; Kapitalien, die auf den Namen der Frau geschrieben sind, — vergl. § 233. II. 1. des Allg. Landrechts, — gehören gar nicht zur Konkursmasse des Mannes. Der Konkurs ändert in dem hinreichend manifestirten Eigenthum der Ehefrau Nichts, sie kann es insbesondere gegen die Schuldner der Aktiva geltend machen, ohne daß dies die Masse Etwas angeht. Dieses

Digitized by Google

Rechts eben bedient sich die Liquidantin, indem sie das noch in Natur vorhandene, ihr zustehende Aktivum gegen den Schuldner, jetzt die Konkursmasse, liquidirt. Daß der Schuldner gleichzeitig ihr Ehemann war, ändert hieran Nichts, und kann dem unveräußert und unverändert gebliebenen Dotalstücke keine Präferenz, keinen höheren Realisirungswerth geben, als denjenigen, welchen es vermöge seiner eigenen Qualität hat. — Vom baar eingebrachten Vermögen, — § 548. II. 1. — ist hier nicht die Rede, dieser Begriff würde möglicherweise nur dann passen, wenn der Ehemann der Frau das Aktivum ausbezahlt und das bezahlte Geld zum Nießbrauche zurückgenommen hätte, was nicht geschehen ist. Die Folge der Illation des Aktivi war, daß die Entrichtung der Zinsen desselben nunmehr wegen des Nießbrauchs des Ehemanns wegfiel. In Ansehung des Kapitals trat dadurch keine Veränderung im Vermögenszustande des Mannes ein: er blieb Schuldner des Kapitals dem neuen Gläubiger, seiner Frau, gegenüber, wie er es deren Vorgänger gegenüber gewesen war, und nur aus diesem Grunde, also auch nur mit dem diesem Grunde entsprechenden Vorrechte kann die Realisation des Kapitals aus der Konkursmasse geschehen. In einem analogen Falle, das Vorrecht der Pekulien betreffend, ist der Plenarbeschluß vom 9. Mai 1842 in gleichem Sinne ergangen, Entscheidungen Bd. 8. S. 209. Die behauptete Verletzung der vorallegirten Gesetzstellen und auch des § 405. I. 11. des Allg. Landrechts ist hiernach nicht begründet.

Digitized by Google

Sach-Register.

A.

Ablösung, s. Kolonat.
Ablösungsrezeß, s. Laudemium.
Ackergilde, s. Zunft.
Adjudikatar, s. Kaufvertrag (4).
Alimente, s. Nießbraucher (2).
Altentheilsvertrag:
1. Persönliche Verpflichtung des ersten Konstituenten des Altentheils; Ort der Erfüllung des Altentheils-Vertrages. —
a. Auch der ursprüngliche Konstituent eines Altentheils ist nur zur Prästation der während seiner Besitzzeit fälligen Abgaben verpflichtet; mit dem Verkauf des Hofes erlischt seine Verpflichtung.
b. Durch dieses Prinzip ist jedoch ein besonderer Entschädigungs-Anspruch an den abgezogenen Hofwirth auch noch über seine Besitzzeit hinaus wenigstens nicht durchaus abgeschnitten.
c. Wird die ursprüngliche Erfüllungsart durch Schuld des Verpflichteten unmöglich, so muß er der Regel nach die zu leistende Entschädigung an dem demnächstigen Wohnsitz des ausgetriebenen Altsitzers prästiren.
d. Der vom Hofe ausgetriebene Auszügler ist jedoch dieserhalb nicht befugt, sich seinen künftigen Wohnort nach Belieben zu wählen. 73. 344.
2. Verkauf von Stroh und anderen Dungmitteln seitens des Altentheils-Berechtigten. —
Die Bestimmnng des § 451. I. 21. des Allg. Landrechts, nach welchem dem Pächter die Wegführung und der Verkauf von Stroh und andern Dungmitteln untersagt ist, findet auf den Altentheils-Berechtigten keine Anwendung. 14. 40.
Siehe auch Kaufvertrag (4).
Ambachtslehn, s. Brandenburg.
Angeld, s. Vertrag (2).
Anlagen, s. Brunnen.
Appellation, nach der Verordnung vom 21. Juli 1849. —
a. Contumax non appellat.
b. Der § 48. der Verordnung v. 21. Juli 1849 hat an den gemeinrechtlichen Grundsätzen über das beneficium appellationis, nondum deducta deducendi et nondum probata probandi, Nichts geändert. Es ist daher, zumal mit Rücksicht auf den § 29., unzulässig, einen in erster Instanz präkludirten Beweis in zweiter Instanz anzutreten. 78. 362.
Archiv, neues, s. Gesetzeskraft.
Ausstattung, s. Pflichttheil.
Autor, s. Rechtshängigkeit (2).

B.

Baukosten, s. Pfarrbau.
Baumfrüchte, s. Nachbar.
Baumzweige, s. Nachbar.
Baustreitigkeit, s. Spolium.
Bau-Unternehmer, Haftbarkeit derselben nach Rheinischem Rechte. —
a. Die Architekten und Bau-Unternehmer haben nach Art. 1792. des Bürgerlichen Gesetzbuches die Einwirkung äußerer während des Baues eintretender Ereignisse zu vertreten, wenn sie dieselben abwenden konnten.

Digitized by Google

b. Der bezogene Artikel umfaßt alle Fälle der Gefährdung der Solidität des Baues.

c. Unter dem Worte dieſes Artikels „construction“ iſt die ganze Leitung des Baues zu verſtehen. Es fallen darunter alle Maaßregeln, welche durch das Hinzutreten äußerer Ereigniſſe rathſam werden.

d. Jeder, welcher die Ausführung eines Baues unternimmt, iſt als Sachverſtändiger zu behandeln.

e. Der Artikel 1793. a. a. O. unterſagt dem Unternehmer keineswegs jegliche Mehrforderung über den urſprünglich verabredeten Preis. **38.** 133.

Benefizialerbe, ſ. Erbſchaft (2); Erbſchaftlicher Liquidations-Prozeß.

Berg, Großherzogthum, ſ. Kirchenſtuhl.

Bergbau, ſ. Nießbraucher (1).

Berlin, ſ. Traufrecht.

Beſitz, ſ. Fluß (2).

Beſitznachfolger, ſ. Rechtshängigkeit (2).

Beſitzrecht, ſ. Kolonat.

Beſitzſtörungsklage:

1. Judikatsklage aus einem Poſſeſſorien-Urtheil; Rechtsmittel gegen dieſelbe. —

a. Des Nachweiſes des jüngſten Beſitzes bedarf es zur Begründung der Judikatsklage aus einem Poſſeſſorien-Urtheil nicht.

b. Gegen die Judikatsklage aus einem Poſſeſſorien-Urtheil ſind nur die im Poſſeſſorien-Prozeß überhaupt Platz greifenden Rechtsmittel zuläſſig. **8.** 22.

2. Poſſeſſorien-Klage des Verpächters einer Gerechtigkeit wegen Störung des Beſitzes ſeines Pächters. —

Der Verpächter eines nutzbaren Rechts, z. B. einer Fiſchereigerechtigkeit, iſt zur Poſſeſſorien-Klage befugt, wenn der Pächter in der Benutzung dieſes Rechts geſtört wird. **26.** 84.

Siehe auch Fluß (2).

Beſitztitel-Berichtigung, ſ. Hypothekenrecht (3).

Betrug, ſ. Gemeinſchuldner.

Beweis, ſ. Erkenntniß (1).

Beweisantritt, ſ. Appellation.

Bösliche Verlaſſung, ſ. Eheſcheidungsprozeß.

Brandenburg, Kurmark, Lehnskompetenz der Kurmärkiſchen bedürftigen Wittwe; Ambachtslehn. —

Das Kurmärkiſche Provinzialrecht giebt der bedürftigen Wittwe kein Recht auf die Lehnskompetenz.

Auch eine rechtsgültige Landesobſervanz, welche dieſe Lehnskompetenz als Rechtsnorm darſtellte, beſteht wenigſtens bei nicht-adelichen Lehnen, namentlich den Ambachtslehnen, nicht. **73.** 337.

Siehe auch Küſterhaus.

Brennholz, ſ. Preußen.

Brunnen, Verminderung des Waſſers in Brunnen durch neue Anlagen des Nachbars. —

Der § 129. I. 8. des Allgem. Landrechts, — nach welchem Anlagen, durch welche der ſchon vorhandene Brunnen des Nachbars verunreinigt oder unbrauchbar gemacht werden würde, unzuläſſig ſind, — findet auf Anlagen, die lediglich eine Verminderung des Waſſers in dem Brunnen des Nachbars bewirken, keine Anwendung. **30.** 96.

C.

Ceſſion, Verpflichtung des Ceſſionars zur ſofortigen Einklagung des Schuldners eines bei nicht prompter Zinſenzahlung fälligen Kapitals. —

a. Wenn in einer nach gewiſſen Jahren zahlbaren hypothekariſchen Obligation von der nicht prompten Zinſenzahlung die frühere Fälligkeit des Kapitals abhängig gemacht, demnächſt aber die Obligation mit Gewährleiſtung cedirt worden iſt, ſo muß der Ceſſionar bei Verluſt ſeines Regreſſes beim Ausbleiben einer Zinszahlung ſogleich zur Ausklagung des Kapitals ſchreiten.

b. Es iſt nicht für ein den Regreß ausſchließendes Verſehen im Betriebe der Exekution zu erachten, wenn der

Digitized by Google

Cessionar nur die Subhastation, nicht aber die Sequestration des verpfändeten Grundstücks nachgesucht hat. 57. 242.

Siehe auch Hypothekenforderung.

Constitutum debiti alieni, des Gemeinen Rechts. —

Zur Gültigkeit des constitutum debiti alieni des Gemeinen Rechts genügt der Nachweis, daß zur Zeit dessen Konstituirung das debitum alienum bestand, ohne daß es des Nachweises des ursprünglichen Grundes desselben und dessen Rechtsgültigkeit bedarf. 22. 69.

D.

Dachtraufe, s. Traufrecht; Zwischenraum.
Deklaratoria, s. Rechtsmittel (2).
Domänenämter, s. Magdeburg.
Doppelfrist, s. Rechtsmittel (1).
Dungmittel, s. Altentheilsvertrag (2).

E.

Diktensammlung, s. Gesetzeskraft.
Ehefrau, Vorrecht des Eingebrachten der Ehefrau in der vierten Klasse des Konkurses. —

Durch den in stehender Ehe auf die Ehefrau des Schuldners geschehenen Uebergang einer an sich nicht bevorzugten Darlehnsforderung eines Dritten an denselben erlangt diese Forderung nicht das Vorrecht der vierten Klasse in dem hiernächst über das Vermögen des Mannes eröffneten Konkurse. 79. 372.

Siehe auch Recklinghausen.

Eheliche Gütergemeinschaft, Bekanntmachung deren Ausschließung. —

Die lediglich am Orte der Vollziehung der Ehe, nicht aber an dem Orte des ersten Wohnsitzes der Eheleute geschehene Bekanntmachung des Vertrages wegen Ausschließung der Gütergemeinschaft hat in Bezug auf dritte Personen keine rechtliche Wirkung. Daher bedarf es bei späterer Verlegung des Wohnsitzes der Eheleute an den Ort der vollzogenen Ehe der Wiederholung jener Bekanntmachung. 64. 291.

Siehe auch Münster; Rüthen.

Ehescheidungsprozeß, böswillige Verlassung des einen und Verletzung der ehelichen Treue des andern Ehegatten. —

a. Der Umstand, daß die Frau den Mann böswillig verlassen hat, ist kein Grund, weshalb wegen späterer ehelicher Untreue des Mannes ihrerseits die Scheidungsklage nicht stattfände.

b. Auch die Gleichheit der Verschuldung in diesem Falle kann der verklagte Ehemann in der Revisions-Instanz nicht mehr geltend machen, wenn in den ersten Instanzen aus der böslichen Verlassung kein Antrag oder Einwand hergeleitet war. 58. 249.

Eidesformel, s. Erkenntniß (2).
Eidesleistung, s. Wechselprozeß (2).
Eigenthumsverlust, s. Realanspruch.
Eingebrachtes, s. Ehefrau.
Eingepfarrte, s. Schlesien (1).
Elementarschule, s. Preußen.
Eltern, s. Uebertragungsvertrag.
Exekution, s. Cession.
Erbschaft:

1. Verfügung des Erben über eine Nachlaßforderung vor Publikation des Testaments und Antretung der Erbschaft. —

   Die nach dem Tode des Erblassers aber bereits vor der Publikation des Testaments und der Antretung der Erbschaft getroffene Verfügung des Erben über eine Nachlaßforderung hat volle rechtliche Wirkung. 55. 235.

2. Verlust der Rechtswohlthat des Inventars. —

   Der Nachlaßgläubiger, welcher bis zum Ablauf der dem Erben zur Legung des Inventars gesetzlich zustehenden Frist in dem alleinigen Besitze des Nachlasses sich befunden und dem Erben die zur Anfertigung des Nachlaß-Inventars erforderlichen Materialien nicht an die Hand ge-

Digitized by Google

geben hat, kann den letzteren auf Grund der unterlassenen Legung des Inventars als Erben ohne Vorbehalt nicht in Anspruch nehmen. 9. 24.

Siehe auch Pflichttheil; Uebertragungsvertrag.

Erbschaftlicher Liquidationsprozeß, Vorzugsrecht der Verwaltungsvorschüsse des Benefizialerben. —

Der Benefizial-Erbe ist berechtigt, die wirthschaftlich verwendeten Verwaltungs-Vorschüsse, sie mögen vor oder nach Eröffnung des erbschaftlichen Liquidations-Prozesses entstanden sein, bei der Revenüen- und Haupt-Immobiliar-Masse vorweg in Abzug zu bringen. 11. 29.

Erbschaftsforderungen, deren Einklagung durch einzelne Miterben vor getheilter Erbschaft. —

Vor getheilter Erbschaft ist auch ein Theil der mehreren Miterben befugt, die zum Nachlasse gehörenden Aktiva einzuklagen, wenn der Antrag auf Einzahlung derselben zur Nachlaßmasse gerichtet ist. 69. 314.

Erbschaftsschulden, s. Nießbraucher (2).

Erbvertrag, s. Uebertragungsvertrag.

Erkenntniß:

1. Beweis der Thäterschaft im Civilprozeß durch den Inhalt der Kriminal-Akten. —

Nach Wegräumung der Beweistheorie in Straffachen sind die auf freier Ueberzeugung des Strafrichters beruhenden Feststellungen für den bestimmten Regeln unterworfenen Beweis im Civilprozesse nicht maaßgebend. Durch diesen Grundsatz wird jedoch nicht ausgeschlossen, daß der Civilrichter die in den gerichtlichen Protokollen des Strafrichters niedergelegten Auslassungen des Beschuldigten und die Aussagen der eidlich vernommenen Zeugen als taugliche Beweismittel würdige. 61. 261.

2. Rechtskraft des Erkenntnisses rücksichtlich der in demselben festgesetzten Eidesformel. —

Wenn in einem Erkenntnisse die Eidesformel nicht bestimmt worden, so ist darüber, ob der Eid de veritate oder de ignorantia zu leisten sei, noch keine Entscheidung getroffen. 74. 338.

Siehe auch Besitzstörungsklage (1).

F.

Fabrik, s. Fluß (1).

Fenster, s. Zwischenraum.

Finanzverwaltung, s. Gesetzeskraft.

Fischereigerechtigkeit, s. Besitzstörungsklage (2).

Fluß:

1. Benutzung des Wassers eines Privatflusses. —

Das zum Betriebe einer Fabrik benutzte und durch den Gebrauch verunreinigte Wasser des vorüberfließenden Flusses darf in den Fluß nicht zurückgeleitet werden, wenn die Substanzen, mit welchen das Wasser verunreinigt worden, auf den Betrieb der unterhalb der Fabrik belegenen Mühle eines Andern nachtheilig einwirken. 17. 50.

2. Besitz des Rechts zur Benutzung des Wassers eines Privatflusses. —

a. Die bisherige Benutzungsweise des Wassers eines Privatflusses bildet für den Benutzenden seinen Besitzstand.

b. Derselbe ist, wenn er durch eine dem Gesetz vom 28. Februar 1843 zuwiderlaufende Wasserleitung beeinträchtigt wird, in possessorio zu schützen. 76. 353.

Forstkulturdienste, s. Gesetzeskraft.

Frachtgüter, s. Speditionsvertrag.

Früchte, s. Nachbar.

G.

Gemeindebeschluß, Gültigkeit des in einer außerordentlichen Versammlung ohne vorherige Einladung sämmtlicher Mitglieder der Gemeinde gefaßten Gemeindebeschlusses. —

Zur Gültigkeit des in einer außer-

Digitized by Google

ordentlichen Versammlung der Gemeinde gefaßten Gemeindebeschlusses ist die vorherige Einladung sämmtlicher Mitglieder der Gemeinde nicht unbedingt erforderlich, vielmehr wird durch die wirkliche Anwesenheit aller Mitglieder der Mangel der Einladung in allen Fällen beseitigt, in welchen als wesentlicher Zweck der Einladung nicht die Nothwendigkeit der besonderen Vorbereitung seitens der Mitglieder für die Berathung anzunehmen ist. 13. 36.

Gemeinschuldner, Betrug behufs Erlangung eines Konkordats. —

a. Der Fallit, welcher, um die zum Abschluß eines Konkordats erforderliche Majorität zu erlangen, die Zustimmung eines Gläubigers hinter dem Rücken der anderen durch Zusicherung besonderer Geldvortheile zu gewinnen sucht, macht sich einer betrüglichen Handlung schuldig, und sind daher die hintergangenen Gläubiger berechtigt, die Vernichtung des Konkordats zu erwirken.

b. Es kommt hierbei nicht in Betracht, ob der zwischen dem Falliten und dem einzelnen Gläubiger heimlich geschlossene Neben-Vertrag zu Recht besteht, oder nicht. 63. 281.

Geschenke, s. Pflichttheil.

Gesetzeskraft, Erfordernisse hinsichtlich der Gesetzeskraft Königlicher Verordnungen und Gesetze. —

a. Die Gesetzeskraft einer Königlichen Verordnung ist von einer bestimmten Form derselben, insbesondere von deren Vollziehung, nicht abhängig.

b. Die Gültigkeit älterer Gesetze ist durch das Publikations-Patent vom 1. April 1803 von deren Aufnahme in die Akademische Edikten-Sammlung und in das Neue Archiv nicht abhängig gemacht.

c. Organische Verordnungen über Gegenstände der Staats-Wirthschaft und Finanz-Verwaltung, z. B. das Publikandum vom 7. Juni 1786 über die Entrichtung der Forstkulturdienste, — bedürfen zu ihrer verbindlichen Kraft der besonderen Publikation nicht. 32. 101.

Gewährleistung, s. Wechsel (3).

Gewährsanspruch, s. Cession; Pachtvertrag.

Gewährsmängel, s. Kaufvertrag (2. 3).

Gewinn, s. Pachtvertrag.

Gossen, s. Zwischenraum.

Grundzins, s. Rittergut.

Gutsherrliche Rechte, s. Kolonat.

Gutsparzellen, s. Hypothekenrecht (1).

H.

Hypothekenfolium, Wirkung der Uebertragung eines alten Hypothekenfoliums auf ein neues und der hierbei zur Ungebühr erfolgten Löschung einer Reallast. —

Durch die Uebertragung eines alten Hypothekenfoliums auf ein neues, namentlich auch in Folge Uebergangs der Real-Jurisdiktion über das Grundstück auf ein anderes Gericht, wird das alte Hypothekenfolium geschlossen und verliert dadurch für die Zukunft seine fernere Wirksamkeit. 48. 183.

Hypothekenforderung, Einwendungen gegen eine Hypothekenforderung seitens des von dem dritten Inhaber in Anspruch genommenen persönlichen Schuldners. —

Der Grundsatz, daß dem dritten Inhaber einer Hypothekenforderung Einwendungen, welche nicht binnen vier Wochen nach der Eintragung dieser Forderung in dem Hypothekenbuche vermerkt sind, nicht entgegengesetzt werden können, findet nur auf den Fall der Verfolgung des Hypothekenrechts als solchen Anwendung. Nach erfolgter Löschung des Hypothekenrechts oder rücksichtlich des Falls der Verfolgung des demselben unterliegenden persönlichen Forderungsrechts ist dagegen das Rechtsverhältniß des Schuldners zu dem dritten Inhaber lediglich nach den von Cessionen nicht eingetragener Forderungen — §§ 407. ff. I. 11. des

Digitized by Google

Allg. Landrechts — geltenden Grundsätzen zu beurtheilen. 66. 300.

Hypothekenklage, aus einer nur protestativischen Eintragung. —

Das aus einer, wegen des Widerspruchs des Besitzers, nur protestativisch erfolgten Eintragung erworbene Recht kann nach beseitigtem Hinderniß durch die Hypothekenklage geltend gemacht werden, ohne daß es der vorherigen Umschreibung der Protestation in eine Hypothek bedarf. 22. 69.

Hypothekenrecht:

1. Dingliches Recht des Hypothekengläubigers an früher veräußerten Gutsparzellen. —

   Das dingliche Recht des Hypothekengläubigers erstreckt sich auch auf einen in dem Hypothekenbuche nicht besonders aufgeführten Theil der Substanz des verpfändeten Grundstücks, welches schon vor der Eintragung der Hypothek in das Eigenthum eines Dritten übergegangen, aber in diesem Zeitpunkte vom Hauptgute im Hypothekenbuche noch nicht abgeschrieben war. 67. 306.
2. Hypothek des Eigenthümers. —

   Der ehemalige Besitzer des subhastirten Grundstücks ist berechtigt, die von ihm berichtigte und zur Zeit der Kaufgelder-Belegung noch ungelöschte Hypothekenforderung zu liquidiren, wenngleich er von dem befriedigten Pfandgläubiger weder eine förmliche Cession, noch eine besondere Quittung erhalten hat. 19. 54.
3. Ungebührliche Löschung einer Reallast. —

   Die Vorschriften der §§ 526. ff. I. 20. des Allgem. Landrechts beziehen sich lediglich auf die Rechte eingetragener Gläubiger unter einander, nicht aber auf diejenigen, welche erst nach der Zeit der zur Ungebühr erfolgten Löschung einer Reallast das Grundstück in gutem Glauben erworben und ihren Besitztitel im Hypothekenbuch haben berichtigen lassen. 48. 183.

   Siehe auch Hypothekenfolium.

J.

Inkompetenz, s. Rechtsweg.

Interesse, s. Vertrag (2).

Inventar, s. Erbschaft (2).

Judenthum, Austritt aus demselben. —

Zur Wirksamkeit des beabsichtigten Austrittes aus dem Judenthume ist außer der von dem Austretenden abzugebenden desfallsigen gerichtlichen Erklärung der Beitritt zu einer anderen Religions-Partei erforderlich. 44. 166.

Judikatsklage, s. Besitzstörungsklage (1).

Jus subintrandi, s. Subhastations-Prozeß.

K.

Kapital, s. Cession.

Kaufgelder-Vertheilungsverfahren, s. Subhastationsprozeß.

Kaufvertrag:

1. Klage auf Erfüllung eines über börsen- und marktgängige Waaren geschlossenen Kaufvertrages nach Ablauf des Erfüllungstermines, — nach Gemeinem Rechte. —

   Auch nach dem Gemeinen Rechte findet bei Zeitkaufsverträgen über börsen- und marktgängige Waaren nach Ablauf des Erfüllungstermines eine purgatio morae nicht statt, jedoch ist seitens des in der Erfüllung nicht Säumigen gegen den Säumigen die Klage auf Erfüllung nicht für unbedingt unzulässig zu erachten. 51. 205.
2. Vergütung der fehlenden Quantität der verkauften Sache. —

   Die für die fehlende Quantität der verkauften Sache dem Käufer zu gewährende Vergütung ist ihrem Betrage nach mit Rücksicht auf die mittlere Güte und Art der wirklich

Digitized by Google

übergebenen Quantität zu bestimmen. 65. 298.

3. Vergütung des Minderwerths des verkauften Grundstücks wegen einer auf demselben haftenden Servitut. —

Der Minderwerth des Grundstücks wegen einer auf demselben haftenden, von dem Verkäufer zu vertretenden Servitut besteht, — insofern die Vermuthung, daß der Kaufpreis dem wahren Werthe des Grundstücks entspreche, nicht widerlegt ist, — in dem zwanzigfachen Betrag des jährlichen Minder-Ertrages des Grundstücks. 10. 27.

4. Uebergang des eingetragenen Altentheils auf den Käufer bei gerichtlich nothwendigen Käufen. —

Beim Mangel entgegengesetzter Feststellungen im Zuschlagsbescheide muß der Adjudikatar ein auf dem in nothwendiger Subhastation erstandenen Grundstücke eingetragenes Altentheil nicht blos insofern, als es in Wohnung, sondern auch insoweit, als es in Nießbrauch und wiederkehrenden Geld- oder Naturalleistungen besteht, auch wenn ihm dessen Uebernahme weder bei der Lizitation, noch durch die Adjudikatoria zur Bedingung gemacht worden, neben dem Kaufgelde übernehmen. 36. 120.

Kinder, s. Pflichttheil; Uebertragungsvertrag.

Kirchen, s. Rheinprovinz.

Kirchenstuhl, Begründung der Negatorienklage gegen den im Possessorienprozesse geschützten Besitzer eines Kirchenstuhls; Ersitzung eines Kirchenstuhls. —

a. Zur Begründung der Negatorienklage der Kirchengesellschaft gegen denjenigen, welcher im Besitze eines Kirchenstuhls im Possessorienprozesse geschützt ist, bedarf es des Beweises des besseren Rechts nicht.

b. Zur Ersitzung eines Kirchenstuhls ist ein Besitz von 44 Jahren erforderlich.

c. Durch die Einführung des Code Napoléon in das ehemalige Großherzogthum Berg ist die vor dieser Einführung begonnene Ersitzung eines Kirchenstuhls nicht unterbrochen worden. 35. 112.

Kirchhöfe, s. Rheinprovinz.

Klage, s. Besitzstörungsklage; Kirchenstuhl.

Klageanmeldung, s. Verjährung (2).

Klagefundament, s. Rechtshängigkeit (1).

Königliche Verordnungen, s. Gesetzeskraft.

Kollation, s. Pflichttheil.

Kolonat, Erbliches Besitzrecht auf drei Leiber an einem Kolonate in den ehemals Französisch-Hanseatischen Landestheilen. —

Hat in den zur Zeit der Fremdherrschaft zu Frankreich gehörig gewesenen Landestheilen durch Vertrag des Gutsherrn mit dem Kolonen eine Beschränkung des erblichen Besitzrechts des letzteren auf drei Leiber gegen Erlaß rückständiger Pächte stattgefunden, so ist hierin ein Verzicht desselben auf ein ausgedehnteres Recht enthalten, und demgemäß dessen Antrag auf Ablösung der gutsherrlichen Rechte unstatthaft. 46. 174.

Kommissionär, s. Vollmachtsvertrag.

Konkordat, s. Gemeinschuldner.

Konkurs, s. Ehefrau.

Kontumazia, s. Appellation.

Körperverletzung,

Verjährung der Privatklage:

1. Die Privatklage auf Bestrafung wegen leichter Körperverletzung oder Mißhandlung verjährt in drei Monaten. 2. 4.

2. Die Privatklage wegen leichter Körperverletzung und Mißhandlung verjährt erst nach Ablauf von 5 Jahren. 31. 99.

Unterbrechung dieser Verjährung:

3. Durch den Antrag bei der Staatsanwaltschaft auf Erhebung der Anklage. —

a. Der Antrag bei der Staatsanwaltschaft auf Erhebung der Anklage wegen erlittener leichter Körperverletzung oder Mißhandlung unterbricht d. Verjährung der Privatklage.

Digitized by Google

b. Erklärt die Staatsanwaltschaft, die Mißhandlung nicht rügen zu wollen, so beginnt eine neue Verjährung. 1. 1.

4. Durch Anstellung der Privatklage bei nicht angestelltem Sühneversuche. —

Die innerhalb drei Monaten gerichtlich angestellte Privatklage auf Bestrafung des Verklagten wegen zugefügter leichter Körperverletzung oder Mißhandlung unterbricht die Verjährung auch dann, wenn bei dem Schiedsmann die Anstellung des Sühneversuchs innerhalb der dreimonatlichen Frist nicht beantragt ist. 2. 4.

Korporation, s. Rechtsmittel (1).

Kreditverfahren, s. Protestation.

Kriminal-Erkenntniß, s. Erkenntniß (1).

Küsterhaus, Verpflichtung zu den Kosten der Küsterhaus- und Schulhaus-Bauten überhaupt und insbesondere in der Mark Brandenburg. —

Dient das Küsterhaus zugleich zum Schullokal, so treten hinsichtlich der Kosten zu Bauten und Reparaturen desselben die bei Pfarrgebäuden geltenden Vorschriften ein, auch wenn der Bau lediglich zu Schul-Zwecken vorgenommen wird.

Das Märkische Provinzialrecht enthält keine von dem vorstehenden Grundsatze abweichende Bestimmung. 15. 41.

L.

Läutebrode, s. Schlesien (1).

Landesobservanz, s. Brandenburg.

Landespolizeibehörde, s. Magdeburg.

Landstraßen, s. Magdeburg.

Laßen, s. Schlesien (1. 2).

Laudemium, objektiv-persönliche Natur der Geldforderung wegen rückständiger Laudemien. —

Die dem Berechtigten aus der Nichtzahlung verfallener Laudemien erwachsene Geldforderung bildet eine persönliche Schuld des Erwerbers des Grundstücks und ist daher durch Nichterwähnung in dem Ablösungs-Rezesse nicht für verloren gegangen zu erachten. 33. 108.

Legatar, s. Uebertragungs-Vertrag.

Legat, Legatum debiti proprii nach Preußischem und Gemeinen Rechte. —

a. Die Entscheidung, ob ein Legat als legatum debiti proprii zu betrachten, richtet sich lediglich nach der Fassung des Legates, d. h. darnach, ob das Legat als eine Schuld vermacht ist, nicht aber darnach, ob die Schuld wirklich existirt.

b. Nach Gemeinem Recht bleibt — abweichend vom Allg. Landrecht — das legatum debiti proprii bestehen, selbst wenn die Tilgung der Schuld nach Errichtung des Legates stattgefunden hat.

c. Nach den Grundsätzen des Allgem. Landrechts zerfällt das legatum debiti proprii nur, wenn der Erblasser die Schuld nach errichtetem Legate durch Zahlung getilgt hat. 62. 270. 271.

Lehnskompetenz, s. Brandenburg.

Litispendenz, s. Rechtshängigkeit.

Löschung, s. Hypothekenfolium; Hypothekenrecht (3).

M.

Magdeburg, Verpflichtung zur Wegebesserung in dem Herzogthum Magdeburg und der Grafschaft Mansfeld. —

a. In dem Herzogthum Magdeburg und der Grafschaft Mansfeld, Magdeburger Hoheit, ist die Landespolizeibehörde befugt, zur Besserung der Land-, Heer- und Poststraßen einstweilen provisionaliter — mit Vorbehalt ihres Regresses an den eigentlich Verpflichteten — die Obrigkeiten, in deren Gerichten die Wege belegen sind, anzuhalten; sie kann jedoch die Wegebesserung auch von dem ihres

Digitized by Google

Erachtens wirklich dazu Verpflichteten direkt verlangen, ohne daß derselbe von der nur provisionaliter verpflichteten Obrigkeit die Bewirkung der Wegebesserung an seiner statt oder die Erstattung der von ihm exekutivisch beigetriebenen Kosten der Wegebesserung zu beanspruchen berechtigt ist.

b. Die Unterhaltung der innerhalb der Grenzen der Kgl. Domänen-Aemter daselbst belegenen Landstraßen mit Einschluß des durch die Dörfer führenden Theiles derselben liegt dem Königl. Domänenfiskus, als Grundherrn, ob. **50. 194.**

Mandatar, s. Prozeßmandatar.

Mansfeld, Grafschaft, s. Magdeburg.

Mißhandlung, s. Körperverletzung.

Miterben, s. Erbschaftsforderung.

Mühlen, s. Fluß (1).

Münster, Mitverhaftung des Münsterischen Ehegatten für voreheliche Schulden des anderen Ehegatten. —

Nach der Münsterischen ehelichen Gütergemeinschaft ist der eine Ehegatte die vorehelichen Schulden des andern Ehegatten zu tragen nicht verpflichtet; er ist vielmehr, ohne den Nachweis förmlicher Güter-Separation führen zu brauchen, berechtigt, sein eingebrachtes Gut und die Hälfte der ehelichen Errungenschaft für sich zu behalten und nur verbunden, das Uebrige, nämlich das Eingebrachte des verschuldeten Ehegatten und die andere Hälfte der Errungenschaft, den Gläubigern desselben zu überlassen. **16. 46.**

N.

Nachbar, Rechte des Grundnachbars hinsichtlich der von des Nachbars Bäumen herüberhangenden Zweige und herüberfallenden Früchte. —

a. Nach dem Gemeinen Rechte ist derjenige, in dessen Grundstück die Zweige von den Bäumen des Nachbars herüberhangen, berechtigt, dieselben abzuhauen und sich zuzueignen. Es steht ihm auch alsdann, wenn er von dieser Befugniß keinen Gebrauch macht, die Befugniß, die überhangenden und überfallenden Früchte sich zuzueignen, nicht aber das Recht zu, den Nachbar zu zwingen, den Ueberhang selbst wegzunehmen, weil derselbe als in seiner Gewere befindlich sein Eigenthum geworden war.

b. Nach dem Allgem. Landrecht ist der Eigenthümer eines Baumes, dessen Aeste in die Luftschicht des angrenzenden Grundstücks hineinragen, zwar berechtigt, die Aeste (auf seinem eigenen Grund und Boden) wegzuhauen, es liegt ihm aber eine Verpflichtung dazu gegen den Nachbar nicht ob, doch steht dem letzteren das Recht zu, sie abzuhauen, mit der Verbindlichkeit, das Holz dem Eigenthümer des Baumes auszuliefern. **60. 255. 256.**

Siehe auch Brunnen; Traufrecht.

Nachlaßforderung, s. Erbschaft (1).

Negatorienklage, s. Kirchenstuhl.

Nießbraucher:

1. Rechte des Nießbrauchers eines Grundstückes an der Trabbe. —

Hat der Nießbraucher nach den Grundsätzen des Allgem. Landrechts und der Kleve-Märkischen Bergordnung vom 29. April 1766 auf die dem Grundeigenthümer gebührende Trabbe selbst rechtlichen Anspruch, oder gebührt ihm nur die Nutzung derselben? **27. 86.**

2. Verbindlichkeit des Nießbrauchers zur Berichtigung von Alimenten und anderen periodisch fällig werdenden unverzinslichen Erbschaftsschulden. —

Periodisch fällig werdende unverzinsliche Erbschaftsschulden, z. B. Alimente, sind von dem Nießbraucher des Nachlasses aus der Substanz desselben zu berichtigen. **23. 75.**

Notherbe, s. Pflichttheil.

Digitized by Google

P.

Pachtvertrag, Gewährsanspruch des Pächters; entbehrter Gebrauch resp. Nutzen und entgangener Gewinn seitens des Pächters. —

a. Die Gewährsansprüche des Pächters an seinen Verpächter gehen blos deshalb, weil derselbe deren rechtzeitige Anzeige nach den §§ 623. ff. I. 21. des Allgem. Landrechts unterlassen hat, nicht verloren; hat er aber mit dieser Anzeige bis zu dem Zeitpunkte der Rückgewähr gezögert, so kann er bei dieser damit nicht weiter gehört werden.

b. Der gemein-gewöhnliche Gebrauch oder Nutzen, den der Verpächter dem Pächter vertragsmäßig zu gewähren hat, ist nicht als Gwinn im Sinne des § 287. I. 5. und der §§ 5. 6. I. 6. des Allgem. Landrechts, und seine Beeinträchtigung ist daher nicht als entzogener Gewinn aufzufassen. **54.** 232. 233.

Siehe auch Altentheilsvertrag (2).

Pächter, s. Besitzstörungsklage (2); Pachtvertrag.

Pfandvertrag, antichretischer, Form desselben. —

Auch ein gerichtlich aufgenommener und ausgefertigter antichretischer Pfandvertrag bedarf der gerichtlichen Bestätigung. **5.** 13.

Pfarrabgaben, s. Schlesien (1).

Pfarrhausbau, Verpflichtung zu den Baukosten eines Pfarrhauses. —

Sind mehrere Kirchen-Gemeinden unter einem gemeinschaftlichen Pfarrer vereinigt, welcher in einer derselben sein Pfarrhaus, in den andern aber kein solches hat, so fallen die Baukosten dieses Hauses allein derjenigen Gemeinde, in welcher das Pfarrhaus gelegen ist, zur Last. **77.** 357.

Pflichttheil, Ermittelung des Pflichttheils mit Rücksicht auf die Kollation einer Ausstattung und von Geschenken; Verzinsung des Pflichttheils. —

a. Behufs Ermittelung des Betrages des Pflichttheils eines Kindes sind, ohne Unterschied ob nur ein Kind oder mehrere Kinder vorhanden sind, die dem Pflichttheils-Prätendenten gegebene Ausstattung und die im § 338. II. 2. des Allgem. Landrechts beschriebenen Geschenke auf den Pflichttheil oder die denselben bildende Quote des gesetzlichen Erbtheils in Anrechnung zu bringen.

b. Der Notherbe ist von seinem Erbtheile Verzugszinsen zu fordern nicht berechtigt. **70.** 316. 317.

Possessorien-Urtheil, s. Besitzstörungsklage (1); Kirchenstuhl.

Präklusivfrist, s. Realanspruch.

Preußen, Provinz, Beschaffung des Brennholz-Mehrbedarfs des Schullehrers bei Erweiterung der Schule. —

Nach der Schul-Ordnung für die Elementarschulen in der Provinz Preußen ist bei Schul-Erweiterungen der Mehrbedarf des Schullehrers an Brennholz, in Ermangelung eines andern aus einem besonderen Rechtsgrunde oder durch Herkommen zur Beschaffung des Brennholzes Verpflichteten, allein von der Schul-Gemeinde mit Ausschluß des Schulpatrons zu beschaffen. **49.** 190.

Privatklage, s. Körperverletzung.

Privet, s. Zwischenraum.

Protestation, Wirksamkeit einer protestativischen Eintragung bei hiernächst eingetragenem Subhastationsvermerke. —

Nach im Hypothekenbuche vermerkter Eröffnung des Kreditverfahrens findet zwar die Umschreibung einer namentlich auch im Wege der Exekution nach § 22. der Verordnung vom 4. März 1834 protestativisch eingetragenen Post in eine definitive Hypothek nicht mehr statt; es bedarf derselben aber auch behufs Sicherung der Perzeption der Forderung aus den Kaufgeldern des subhastirten Grundstücks an der Stelle der eingetragenen Protestation nicht. **39.** 146.

Siehe auch Hypothekenklage.

Prozeßvollmacht, Befugniß des Prozeß-

Digitized by Google

mandatars erster Instanz zur Vertretung der Partei in zweiter Instanz; Vollmachtsblanket. —

a. Die zwar nach Eröffnung des Erkenntnisses erster Instanz, jedoch noch vor Insinuation der Ausfertigung desselben einem bei dem Gerichte erster Instanz angestellten Rechtsanwalte von der Partei ertheilte Prozeß-Vollmacht, verbunden mit dem Antrage des ersteren, ihm die Urtheils-Ausfertigung zu insinuiren, reicht zur Legitimation dieses Anwalts als Vertreter der Partei in zweiter Instanz bei dem am nämlichen Orte befindlichen Appellationsgerichte hin.

b. Der Mangel der in dem Prozeßvollmachts-Blanket fehlenden Bezeichnung des Namens des Bevollmächtigten ist für beseitigt zu erachten, wenn der Rechtsanwalt in der Eingabe, mit welcher er das Blanket dem Gerichte überreicht, sich als Bevollmächtigten dieser Partei, und das Blanket als Vollmacht bezeichnet. 56. 237. 238.

Prozeßvorschrift, s. Rechtsweg.

Publikation, s. Gesetzeskraft.

R.

Realanspruch, Verlust der zum Hypothekenbuche innerhalb der Präklusivfrist nicht angewendeten Eigenthums- und anderer Realansprüche. —

a. Durch die nach dem letzten Dezember 1816 geschehene Veräußerung eines im Bezirk der Gültigkeit der Verordnung vom 22. Mai 1815 belegenen Guts an einen dritten Besitzer gehen die zur Eintragung nicht angemeldeten Ansprüche des wahren Eigenthümers oder sonstigen Realberechtigten gegen das Gut verloren, auch wenn der Besitztitel für den Veräußerer noch nicht berichtigt war.

b. Der Verlust des innerhalb der allgemeinen Präklusivfrist nicht angemeldeten Realanspruchs wird durch den bösen Glauben des neuen Erwerbers nicht abgewendet. 7. 18.

Reallast, s. Hypothekenfolium; Hypothekenrecht (3).

Rechtshängigkeit:

1. Erforderniß hinsichtlich des Klagefundamentes. —

Der Fall der Rechtshängigkeit liegt nicht vor, wenn die Klage des Verpflichteten, seine Verbindlichkeit für aufgehoben zu erklären, und die demnächst angestellte Klage des Berechtigten auf fernere Erfüllung auf verschiedenen Fundamenten beruhen. 4. 10.

2. Verpflichtung des Successors durch den Autor; Rechte des Eigenthümers gegen den Erwerber einer rechtshängigen Sache. —

a. Der Singular-Successor muß nur das, was auf die vor der Veräußerung seinem Autor insinuirte Klage erkannt ist, gegen sich gelten lassen.

b. Der dritte redliche Erwerber einer rechtshängigen Sache ist zu deren unentgeltlichen Herausgabe an den wahren Eigenthümer nicht verpflichtet. Die Unredlichkeit seines Besitzes wird aber schon durch seine Wissenschaft von der Rechtshängigkeit zur Zeit des Erwerbes begründet. 71. 326.

Rechtsmittel:

1. Doppelfrist der privilegirten Korporationen zur Einlegung der Rechtsmittel. —

Die den privilegirten Korporationen zustehende Doppelfrist zur Einlegung der Rechtsmittel greift in Prozessen wegen Geschäfte, die ihren landesherrlich bestätigten Statuten fremd sind, nicht Platz. 3. 7.

2. Frist zur Anmeldung und Einführung des zuständigen Rechtsmittels bei erfolgter Deklaration des Urtheils. —

Ob der Lauf der Frist zur Einführung des zuständigen Rechtsmittels durch den Erlaß der Deklaration ge-

Digitized by Google

hemmt wird, und vom Tage der Zustellung der Deklaratoria eine neue Einführungsfrist zu laufen beginnt, hängt von den jedesmaligen Umständen ab. 18. 52.

Siehe auch Besitzstörungsklage (1).

Rechtsweg, Berücksichtigung der nicht vorgebrachten Einrede der Inkompetenz von Amtswegen. —

Die Einrede der Inkompetenz des ordentlichen Gerichts kann, insofern der Fall des § 161. I. 2. der Allgem. Gerichts-Ordnung nicht vorliegt, nicht von Amtswegen erhoben werden, und enthält dieser Grundsatz eine wesentliche Prozeßvorschrift. 28. 90.

Rechtswohlthat des Inventars, siehe Erbschaft (2).

Recklinghausen, Grafschaft, Wirksamkeit des Schuldscheins einer Ehefrau nach dem Provinzialrecht der Grafschaft Recklinghausen. —

Nach dem Provinzialrechte der Grafschaft Recklinghausen hat der von einer Ehefrau ohne Zustimmung ihres Ehemannes über voreheliche Schulden ausgestellte Schuldschein keine Gültigkeit. 53. 230.

Restitution, s. Wechselprozeß (2).

Rheinprovinz, Eigenthum an katholischen Kirchen, ihren Dependenzien und Kirchhöfen. —

In dem auf der linken Rheinseite belegenen Theile der Rheinprovinz steht den Civilgemeinden das Eigenthum an den Kirchen, ihren Dependenzien und Kirchhöfen zu. 52. 210.

Rittergut, Untheilbarkeit des Grundzinses. —

Der an ein Rittergut zu entrichtende Grundzins ist eine untheilbare Sache. 74. 338.

Rüthen, Dispositionsrechte des überlebenden Ehegatten nach dem Rüthener Statutarrechte. —

Nach dem Rüthener Statutarrecht gilt zwar bei dem Tode des einen Ehegatten die fortgesetzte Gütergemeinschaft des überlebenden Ehegatten mit den Kindern auf Gedeih und Verderb, in deren Folge dem überlebenden Ehegatten die ausschließliche Verwaltung des gemeinschaftlichen Vermögens und die unbeschränkte Dispositionsbefugniß unter Lebendigen über dasselbe zusteht; derselbe ist jedoch nicht berechtigt, den ganzen Inbegriff dieses Vermögens als solchen, insbesondere auch nicht durch einen Uebertrags-Vertrag, zu veräußern. 21. 60.

S.

Sache, untheilbare, s. Rittergut.

Schadensersatz, s. Tödtung.

Schiedsgericht, freie Wahl der Schiedsrichter. —

Ein gerichtlicher Zwang zur Wahl der Schiedsrichter findet auf den Grund eines Vertrages, nach welchem die Parteien der Entscheidung von beiderseits zu wählenden Sachverständigen sich unterwerfen zu wollen sich verpflichtet haben, nicht statt. 12. 33.

Schiedsmann, s. Körperverletzung (4).

Schlesien:

1. Rechtliche Natur der Abgaben der Wettergarben und Läutebrode. Befreiung der Mitglieder der evangelischen Konfession zur Entrichtung von Parochiallasten an katholische Pfarrer. —

   a. In Schlesien gehören die Abgaben der Wettergarben und Läutebrode zu den Parochiallasten.

   b. Die Bestimmung der Kabinetsorder vom 3. März 1758 in Betreff der Befreiung der evangelischen Eingepfarrten von den an katholische Pfarrer zu entrichtenden Zehnten und ähnlichen Abgaben ist auch auf dergleichen Abgaben an andere Kirchenbediente anzuwenden. 6. 15.

2. Vorrecht nicht eingetragener Reallasten. —

   Beständige Lasten, durch einzelne Verträge auf ein Grundstück gelegt, haben, wenn nicht eingetragen, auch in Schlesien nicht das Vorrecht der zweiten Klasse. 59. 251.

Schuldner, s. Hypothekenforderung.

Digitized by Google

Schuldschein, s. Recklinghausen.

Schulhaus, Gemeinsame Last der Unterhaltung des Schulhauses. —

Unter dem Ausdruck: „gemeine Last" in dem § 34. II. 12. des Allgem. Landrechts ist nicht eine aus dem Gemeinde-Verbande hervorgehende, sondern nur eine allen einzelnen Verpflichteten gemeinschaftlich obliegende Last zu verstehen. **15.** 41.

Siehe auch Küsterhaus.

Schullehrer, s. Preußen.

Schulpatron, s. Preußen.

Sequestration, s. Cession.

Servitut, s. Kaufvertrag (3).

Speditions-Vertrag, Bedingte Haftbarkeit des Spediteurs für die Frachtführer. —

Der die Versendung von Waaren gewerbsmäßig übernehmende Spediteur haftet für die von ihm bestellten Frachtführer nicht, wie dieser für seine Leute, unbedingt, sondern nur insoweit, als ihm bei der Auswahl des Frachtführers ein mäßiges Versehen zur Last fällt. **24.** 78.

Spolium, exceptio spolii des Gemeinen Rechts. —

a. Die exceptio spolii hat die Eigenschaft einer gemeinen verzögerlichen Einrede nicht verloren, sie bewirkt vielmehr nach dem Grundsatze „spoliatus ante omnia restituendus est" die Abweisung der Klage als zur Zeit unstatthaft.

b. Der dilatorischen Wirkung dieser Einrede geschieht dadurch, daß mit ihr eine auf die Restitution des spolii gerichtete Widerklage verbunden wird, nicht Abbruch.

c. Das Cap. I. in VI. de restitutione spoliatorum (II. 5.) ist nur dahin aufzufassen, daß der Beweis des spolii 15 Tage nach der Rechtskraft der Beweisauflage anzutreten ist, jedenfalls aber durch den § 29. der Verordnung vom 21. Juli 1849 abgeändert. **78.** 361.

Staatsanwaltschaft, s. Körperverletzung (3).

Staatswirthschaft, s. Gesetzeskraft.

Stroh, s. Altentheilsvertrag (2).

Subhastation, s. Cession.

Subhastationsprozeß, Jus subintrandi im Kaufgeldervertheilungs-Verfahren seitens des Dritten, welcher dem Hypothekengläubiger einen privilegirten Rückstand an Hypothekenzinsen gezahlt hat. —

Im Kaufgelder-Vertheilungsverfahren kann der Dritte, welcher dem Hypothekengläubiger die privilegirten Rückstände der Zinsen der beiden letzten Jahre gezahlt hat, das jus subintrandi geltend machen. **40.** 149.

Siehe auch Kaufvertrag (4); Protestation.

T.

Tagwechsel, s. Wechsel (1).

Testament, Gesetze rücksichtlich der Form und der materiellen Gültigkeit der einzelnen Anordnungen eines Testaments. —

Nicht blos rücksichtlich der Form, sondern auch rücksichtlich der materiellen Gültigkeit der einzelnen Anordnungen eines Testaments sind die zur Zeit und am Orte der Errichtung des Testaments geltenden Gesetze, nicht aber die Gesetze der Zeit und des Ortes, wo der Erbanfall sich ereignet, maaßgebend. Nur das Vorhandensein von Prohibitivgesetzen zur Zeit oder am Orte des Erbanfalls würde von Einfluß sein. **62.** 270.

Siehe auch Legat.

Thäterschaft, s. Erkenntniß (1).

Tödtung, Civilrechtliche Folgen der Tödtung eines freien Menschen nach Gemeinem Rechte. —

Nach Gemeinem Rechte ist es statthaft, daß die Hinterbliebenen eines getödteten freien Menschen Schadenersatz beanspruchen. **61.** 263.

Tradde, s. Nießbraucher (1).

Traufe, s. Traufrecht; Zwischenraum.

Digitized by Google

Traufrecht, Ersitzung desselben beim Bauen auf dem verpflichteten Grundstücke. —

Der Bau unter der Traufe des Nachbars hebt den Besitz des Traufrechtes desselben nicht auf. **25.** 81.

U.

Uebertragungs-Vertrag, als Erbvertrag zwischen Eltern und Kindern. —

Ist in einem zwischen Eltern und Kindern geschlossenen Uebertragungs-Vertrag zugleich über das zukünftige Vermögen der Eltern verordnet, so ist der Uebernehmer desselben als Erbe, und das lediglich mit einer Abfindungssumme bedachte Kind als Legatar zu betrachten.

Das letztere ist im Fall der Anfechtung des Uebertragungs-Vertrages und resp. unterlassener Einreichung des Nachlaß-Inventars nicht als gesetzlicher Erbe ohne Vorbehalt anzusehen. **21.** 60.

V.

Verjährung,

— durch Nichtgebrauch:

1. Anfang der Verjährung bei Latitiren des Schuldners. —

So lange der Schuldner latitirt, beginnt zum Nachtheile des Gläubigers die Verjährung durch Nichtgebrauch nicht, und hat der letztere daher nicht nöthig, zur Erhaltung seines Rechts gegen den ersteren die Klage anzumelden. **34.** 110.

2. Wirkung der Anmeldung der Klage gegen den verstorbenen Schuldner. —

Durch die Anmeldung der Klage gegen den verstorbenen Schuldner wird die Verjährung der Klage nicht unterbrochen. **37.** 131.

Siehe auch Körperverletzung.

— durch Besitz, siehe Kirchenstuhl; Traufe.

Vermuthung, s. Zwischenraum.

Verordnungen, s. Gesetzeskraft.

Versehen, s. Cession.

Vertrag:

1. Aufhebung des älteren Vertrages durch den jüngeren. —

Der ältere Vertrag wird durch den jüngeren insoweit, als der Inhalt des letzteren dem ersteren widerstreitet, aufgehoben. **46.** 174.

2. Klage auf das Interesse aus einem nicht erfüllten Zeitkaufsvertrage über vertretbare börsen- und marktgängige Waaren. —

Bei Zeitkaufsgeschäften über vertretbare börsen- und marktgängige Waaren kann nach Ablauf des Stichtages, wenn das gezahlte Angeld in Folge der Einklagung des dagegen ausgestellten Wechsels zurückgezahlt worden, nicht mehr die Erfüllung des Vertrages, sondern nur das Interesse gefordert werden. **20.** 58.

Siehe auch Altentheilsvertrag.

Verzicht, s. Kolonat.

Vollmacht, s. Prozeßvollmacht.

Vollmachtsvertrag, Verbindlichkeit des Kommissionärs del credere hinsichtlich der Verschaffung des Besitzes der angekauften Sache. —

Der Kommissionär del credere ist dem Kommittenten gegenüber nicht verpflichtet, sich Namens desselben in den Besitz der angekauften Sache zu setzen und zu dem Ende das Kaufgeld aus eigenen Mitteln zu zahlen. **47.** 179.

W.

Wasser, s. Brunnen; Fluß (1. 2).

Wechsel:

1. Mangelnde Jahreszahl bei einem Tagwechsel. —

Bei einem Tagwechsel bedarf es stets der Hinzufügung des Zahlungs-Jahres, wenn dasselbe aus dem übrigen Inhalte des Wechsels nicht mit Gewißheit hervorgeht. **68.** 312.

2. Rechte des Ausstellers eines gezoge-

Digitized by Google

nen und acceptirten, hiernächst aber präjudizirten Wechsels aus der geleisteten Zahlung. —

Der Wechsel-Aussteller, welcher einen gezogenen und acceptirten, wegen der von einem Indossatar versäumten rechtzeitigen Aufnahme und Versendung des Protestes Mangels Zahlung präjudizirten Wechsel einlöst, kann, wenn er von dem Acceptanten keine Befriedigung zu erlangen vermag, von jenem Indossatar die Wechselsumme nicht erstattet verlangen. **29.** 93.

3. Wirkung des Giro ohne Obligo seitens des Ausstellers eines Wechsels an eigene Order. —

Die dem ersten Giro des Ausstellers eines an eigene Order gezogenen Wechsels beigefügte Bemerkung „ohne Gewährleistung" oder „ohne Obligo" befreit denselben nicht blos von der Verbindlichkeit aus diesem Giro, sondern auch von seiner Regreß-Verbindlichkeit aus dem Wechsel überhaupt. **43.** 161.

Wechselprozeß:

1. Einwand der nicht erhaltenen Valuta. —

Die Einrede der nicht erhaltenen Valuta seitens des Ausstellers eines trockenen Wechsels ist dem Wechselnehmer gegenüber im Wechselprozesse zulässig. **42.** 158.

2. Restitution gegen versäumte Eidesleistung. —

Im Wechselprozeß findet keine Restitution gegen versäumte Eidesleistung statt. **72.** 335.

Wechselregreß, s. Wechsel (2).

Wechselvaluta, s. Wechselprozeß (1).

Wegebesserung, s. Magdeburg.

Wettergarben, s. Schlesien (1).

Wiederkaufsrecht, s. Zeitfrist.

Winkel, s. Zwischenraum.

Wittwe, s. Brandenburg.

Wohnsitz, s. eheliche Gütergemeinschaft.

Wohnungsrecht, s. Kaufvertrag (4).

Z.

Zehnten, s. Schlesien (1).

Zeitfrist, zu einer Erklärung überhaupt und insbesondere behufs Ausübung des Wiederkaufsrechts. —

Ein behufs Erlangung seiner Wirksamkeit bis zu einem gewissen Tage auszuübendes Recht, z. B. das Wiederkaufsrecht, erlischt von selbst mit dem Ablauf der bestimmten Frist, und kann daher durch eine Klage nicht erhalten werden, wenn diese erst nach Ablauf der Frist zur Kenntniß des Verpflichteten gebracht wird. **41.** 155.

Zinsen, siehe Cession; Pflichttheil; Subhastationsprozeß.

Zeitkaufsvertrag, s. Vertrag (1.)

Zwischenraum, Größe der Winkel und Zwischenräume zwischen den Häusern nach den §§ 120. und 121. I. 8. des Allgem. Landrechts. —

Die Anwendbarkeit der §§ 120. und 121. I. 8. des Allg. Landrechts ist auf Winkel und Zwischenräume von nur drei Fuß oder weniger nicht beschränkt. **45.** 171.

Zunft, deren rechtliche Natur. —

Die Vorschriften der §§ 193–195. II. 8. des Allg. Landrechts sind nur auf Handwerkerzünfte, mithin nicht auf Ackergilden, zu beziehen. **13.** 37.

Digitized by Google

Quellen-Register.

Allgemeines Landrecht.

Einleitung.

§	Seite
10.	101
89. 92. 94.	50
101.	18

Theil I.

Tit. §	Seite
2 41.	339,
— 137.	344
4 167.	155
5 125.	33
— 200-204.	13
— 247-248.	370
— 262 ff.	174
— 270. 285.	58
— 287.	233
— 360. ff.	58
— 370.	344
— 390.	174
— 396.	370
6 5. 6.	233
7 1-5. 124. 137.	84
— 146. 148.	22
— 181. 182.	112
8 120. 121.	171
— 139.	96
9 287. 288. 291. 295.	256
— 367. ff.	236. 317
— 417. 418. 427. 434. 439.	24
— 443. 444. 446.	29
— 516.	110
— 551. ff. 565. ff.	131. 155
— 579. 580.	112
— 599. 600.	81
— 622.	291

Theil I.

Tit. §	Seite
9 625.	81. 112
— 629.	112
10 3.	326
— 7.	306
11 170. 171.	298
— 180. 190.	27
— 210. 211.	298
— 314.	155
— 342.	120
— 382.	150
— 383.	396
— 407. ff.	301
— 432. 434.	244
— 443. 444.	150
— 602.	40. 344
12 4. 6.	60
— 242.	236
— 263.	60. 317
— 430. 433.	270. 271
— 656.	60
13 46.	78
— 65. 70. 82. 83.	179
15 25.	326
— 442-444.	150
16 28.	271
— 46-48.	150
— 454. ff.	174
— Anh. § 52. zu § 484.	54
— 486. ff.	29
17 4. 10. 11.	314
— 117.	317
— 151.	314
— 580. ff.	337

Theil I.

Tit. §	Seite
18 714. 720. 731.	108
19 1. ff.	183
— 7.	344
20 227. 235.	13
— 410.	60. 306
— 421.	69
— 422-426.	301
— 443.	306
— 504.	150
— 926. ff.	183
21 37.	86
— 75. ff.	75
— 271.	233
— 434.	84
— 451.	40
— 623-625.	233
22 12.	112
— 14.	81. 112
— 61.	81

Theil II.

1 208. 210. 212.	372
— Anh. § 75. zu § 343.	291
— 352. 416. 422. 425. 426.	291
— 719.	249
2 393.	317
6 52-56.	36
7 493	251
8 193-195.	37
— 459.	78
— 973-974.	93
— 1021. 1063.	93

Digitized by Google

Theil II.

Tit. §	Seite
11 41.	166
— 170.	112
— 228. 232.	251
— 261.	15

Theil II.

Tit. §	Seite
11 681-685.	112. 113
— 725. 790-792.	357
— 937.	15
12 29.	190

Theil II.

Tit. §	Seite
12 34. 37.	41
13 6.	101
16 117.	86

Allgemeine Deutsche Wechsel-Ordnung.

Art.	Seite
4.	156
4. No. 4.	312
6. 8.	161
14. 81.	161
82. 96.	156
96. No. 4.	312

Strafgesetzbuch für die Preuß. Staaten vom 14. April 1851.

§ 6. 261
§ 46. 99
§ 47. 1
§ 50. 1. 4. 99
§ 160. 1. 4
§ 187. 99
§ 189. 1. 4. 99

Allgemeine Gerichts-Ordnung.

Theil I.

Tit. §	Seite
2 160. 161.	90
— 167. ff.	33
3 30. 54.	238
5 4. No. 2.	10
14 1.	52
— 11. 12.	249
15 25.	338
16 1.	22. 338
19 1.	249
— 27.	335

Theil I.

Tit. §	Seite
24 3.	22
— 7. 9.	326
28 14.	22
29 83.	326
31 4.	112
— 18.	12. 112
50 60.	147
— 161.	29
— 357. 358.	251
— 406.	372

Theil I.

Tit. §	Seite
50 430.	251
— 488. 496 c. 511.	29
51 12.	251
— 51.	147
— 87. 89. No. 4.	29
52 Anhang § 401. zu § 35.	190

Theil II.

Tit. §	Seite
3 21-24.	13

Allgemeine Hypotheken-Ordnung.

	Seite
I. 22.	183
— 48.	120
— 49.	190
I. 49.	251
II. 285-288.	183
— 299.	69

Corpus juris Fridericianum.

Buch 1. Theil 4. Tit. 10. § 6. 326

Sachsenspiegel.

Band 2. Art. 52. 256

Sächsisches Weichbild.

Art. 125. 126. 256

Digitized by Google

Ostpreußisches Provinzialrecht.

Seite
Zusatz 221. 190

Danziger Willkür.

Buch 1. Kap. 6. Art. 7. 291

Rüthener Statutarrecht.

Seite 60

Code Napoléon.

Art.	Seite	Art.	
116.	281	1131. 1133.	281
672.	256	1792. 1793.	133
691.	113	2281.	113

Code de commerce.

Art. 524. 281

Code de procédure.

Art. 1006. 33

Corpus juris civilis.

1. Inst.

Lib.	Tit.	
2	20. § 14. de legatis	270

2. Digesta.

9	2. Lex 21. § 2., Lex 2., Lex 27. § 5. ad legem Aquiliam	263
—	3. Lex ult. de his qui effuderint vel dejecerint	263
18	3. Lex 1. de condictione triticaria	205
—	5. Lex 1. princ. und §§ 5. 8., Lex 3. § 2., Lex 4., Lex 5. pr. und §§ 1. 2. de pecunia constituta	69
34	3. Lex 13. de liberatione legata	270
43	27. Lex 1. §§ 7. 8. de arb. caed.	256

3. Codex.

6	30. Lex 22. § 9. de jure delib.	29

Corpus juris canonici.

1. Libri extra decretum Gratiani.

Lib. 2. Tit. 10. cap. 2. und 4. de ordine cognitionum 361

2. Liber VI. Decret.

Lib. 2. Tit. 5. cap. 1. de rest. spol. 361

Digitized by Google

Einzelne Gesetze, Verordnungen und Rechtsbestimmungen.

Seite

1592. Januar 18. Polizei-Ordnung der Haupt- und Residenzstadt Münster, Kap. 5. ... 47
1607. in Decembri. Adjectum 2. zum Kap. 5. der Münsterischen Polizei-Ordnung vom 18. Januar 1592. ... 47
1663. März 16. Kurkölnische Rechts-Ordnung. ... 230
1688. Januar 3. Kurfürstlich-Brandenburgische im Herzogthum Magdeburg und der Grafschaft Mansfeld publizirte Polizei-Ordnung Kap. 3. § 2., Kap. 9. Abschnitt 1. § 4. ... 194
1699. September 11. und 21. Wegebau-Mandat. ... 194
1701. August 17. Wegebau-Mandat. ... 194
1719. Mai 29. Verordnung, betreffend die Königliche Approbation und Unterschrift aller zu erlassenden Gesetze. ... 101
1742. Juli 14. Edikt, wie es künftig wegen Verrichtung der Fuhren und Handdienste bei Reparirung der Wege in den Land- und Poststraßen zu halten. ... 194
1750. April 17. Revidirtes General-Privilegium und Reglement vor die Judenschaft im Königreich Preußen, § 31. ... 166
„ August 4. Schlesische Hypotheken-Ordnung, §§ 21. 23. ... 251
1758. März 3. Kabinets-Order wegen Befreiung der Evangelischen in Schlesien von Entrichtung der Zehnten an die katholischen Pfarrer. ... 15
1766. April 29. Revidirte Berg-Ordnung für das Herzogthum Kleve, Fürstenthum Moers und die Grafschaft Mark, Kap. 30. § 3. 86
1775. Februar 9. Verordnung, betreffend die Befreiung der Evangelischen in Schlesien von Entrichtung der Zehnten und sonstiger aus der Parochialverbindung originirenden Prästationen an die katholischen Pfarrer. ... 15
1777. September 13. Deklaration, betreffend die dem Grundeigenthümer nach der Kleve-Märkischen Berg-Ordnung vom 29. April 1766 angewiesenen Traddekohlen. ... 86
1781. Mai 29. Patent wegen Einrichtung der Gesetzkommission, § 14. 101
1784. März 1. Reskript des geistlichen Departements, betreffend die fernere Entrichtung der Wettergarben und Läutebrode an die Schullehrer. ... 15

Digitized by Google

Seite

1786. Juni 7. Publikandum über die Entrichtung der Forstkulturdienste 101
1795. Mai 30. (11. Prairial III). Französisches Gesetz, betreffend den den Gemeinden provisorisch eingeräumten freien Gebrauch an nicht veräußerten Kirchen ... 211
1798. Januar 23. Gutachten der Gesetzkommission, betreffend die Ansprüche des Pfarrers, als Nießbrauchers der Pfarrländereien, auf die dem Grundeigenthümer in der Kleve-Märkischen Berg-Ordnung vom 29. April 1766 angewiesenen Trabbekohlen .. 86
1801. Juli 15. (26. Messidor IX). Konkordat der Französischen Republik mit dem Pabste Pius VII., betreffend die Ausübung der katholischen Religion in Frankreich, Art. 12. 13 ... 211
1802. April 8. (18. Germinal X). Gesetz, betreffend die Organisation des Kultus, Art. 64. ff. 71. 72. 75. 76 ... 211
„ Juni 9. (20. Prairial X). Französischer Konsularbeschluß, betreffend die Aufhebung der Mönchs- und anderer geistlichen Orden, Art. 2. 3. 11 ... 211
1803. April 1. (11.). Patent zur Publikation der neuen Auflage des Allgem. Landrechts ... 101
„ Juli 26. (7. Thermidor XI). Konsularbeschluß, betreffend die Zurückgabe der nicht veräußerten Güter der Kirchenfabriken .. 211
1804. Juni 12. (23. Prairial XII). Französisches Dekret, die Kirchhöfe betreffend, Art. 9. 16 ... 211
1805. Januar 26. (6. Pluviose XIII). Französisches Staatsraths-Gutachten über das Eigenthum der Gemeinden an den Kirchen und Presbyterien ... 211
1806. Mai 30. und Juli 31. Kaiserlich Französische Dekrete, betreffend das Fabrikvermögen der Kirchen und Presbyterien ... 211
1808. Dezember 26. Verordnung wegen verbesserter Einrichtung der Provinzial-, Polizei- und Finanzbehörden, §§ 3. 38. 39 ... 194
1809. März 17. Kaiserlich Französisches Dekret, betreffend die Zurückgabe der dem Staat wieder zugefallenen veräußerten Kirchen und Presbyterien ... 211
„ November 12. Publikations-Patent zum Code Napoléon Art. 3. 118
„ Dezember 30. Kaiserlich Französisches Dekret, die Kirchenfabriken betreffend:
Art. 64-71. S. 113. Art. 92. No. 2. 3. S. 229.
1813. März 20. Kaiserlich Französisches Finanzgesetz, betreffend die Einziehung der nutzbaren Kommunal-Güter zur Amortissementskasse ... 226
1815. Mai 22. Patent No. 298. wegen Einführung des Hypothekenwesens in den Provinzen zwischen Elbe und Weser, §§ 3. 4. 9. 10. 12 ... 18
1817. Juni 20. Verordnung No. 430. wegen Organisation der General-Kommissionen und der Revisionskollegien, § 170 ... 108
„ Oktober 23. Instruktion No. 440. zur Geschäftsführung der Regierungen, § 11 ... 194
1821. April 23. Gesetz wegen Aufhebung der Verlautbarung und Bestätigung der Verträge über unbewegliche Güter, § 4 ... 13
1825. April 21. Gesetz No. 940. über die den Grundbesitz betreffenden Rechtsverhältnisse in den Landestheilen, welche vormals zu

Digitized by Google

Seite

den Französischen Departements eine Zeit lang gehört haben, § 21..... 174

1833. Juli 1. Verordnung No. 1426. über den Mandats-, den summarischen und Bagatell-Prozeß:
§ 1. No. 3. S. 22. §§ 37. 40. 52. S. 238.

„ Juli 24. Justizministerial-Instruktion zur Ausführung der Verordnung vom 1. Juni 1833 über den Mandats-, den summarischen und Bagatell-Prozeß, §§ 42. 43..... 238

„ Dezember 14. Verordnung über das Rechtsmittel der Revision und Nichtigkeitsbeschwerde:
§ 5. No. 8. Seite 90. § 22. Seite 238.

1834. März 4. Verordnung No. 1511. über die Exekution in Civilsachen, § 22..... 147

„ März 4. Verordnung No. 1512. über den Subhastations- und Kaufgelder-Liquidations-Prozeß:
§ 16. Seite 29. 120. § 18. Seite 150.

1837. März 20. Gesetz No. 1792. über Errichtung und Bekanntmachung der Verträge über Einführung oder Ausschließung der ehelichen Gütergemeinschaft, § 4..... 291

1838. Mai 5. Verordnung wegen Einführung eines gleichmäßigen Verfahrens bei Insinuation richterlicher Erkenntnisse und bei Einlegung der Rechtsmittel:
§ 1. Seite 228. § 5. Seite 52. 238.
§ 6. Seite 52.

„ August 1. Justizministerial-Reskript, betreffend die Zulassung der Obergerichts- und Untergerichts-Justizkommissarien zu den Verhandlungen zweiter Instanz im summarischen Prozesse.. 238

1839. April 6. Deklaration No. 1999. der Verordnung vom 14. Dezember 1833 über das Rechtsmittel der Revision und Nichtigkeitsbeschwerde:
Art. 3. No. 1. Seite 90. Art. 13. Seite 7.
Art. 14. Seite 335.

1839. August 24. Justizministerial-Reskript, betreffend die Verstattung der Obergerichts-Justizkommissarien zur Anfertigung des Appellationsberichts und zur Vertretung des Appellanten in dem zur Rechtfertigung der Appellation vor dem Untergericht ihres Wohnorts anberaumten Termine..... 238

1840. März 28. Verordnung No. 2082. über das Rechtsmittel der Restitution gegen Purifikations-Resolutionen, Eingang..... 335

1843. Februar 28. Gesetz über die Benutzung der Privatflüsse:
§ 1. Seite 50. § 13. No. 2. Seite 353.

1845. Dezember 11. Schulordnung für die Elementarschulen der Provinz Preußen, §§ 38. 39..... 190

1846. Juli 21. Verordnung No. 2728. über das Verfahren in Civilprozessen:
§ 3. Seite 41. §§ 27. 31. Seite 335.

1847. März 30. Verordnung No. 2823., betreffend die bürgerliche Beglaubigung der ꝛc. Geburts-, Heirathe- und Sterbefälle bei den aus ihrer Kirche Ausgetretenen, § 17..... 166

„ März 30. Zusammenstellung der in dem Allgem. Landrecht ent-

Digitized by Google

halteten Bestimmungen über Glaubens- und Religionsfreiheit, No. 2. 166
1849. Juli 21. Verordnung No. 3158. über das Verfahren in Civilprozessen in den Bezirken des Appellationsgerichts zu Greifswald und des Justiz-Senats zu Ehrenbreitstein:
§ 29. S. 361. 362. §§ 47. 48. 99. S. 362.
1850. März 2. Gesetz, betreffend die Ablösung der Reallasten und die Regulirung der gutsherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse:
§ 2. Seite 174. §§ 47. 48. 79. Seite 108.
„ März 2. Gesetz über die Errichtung der Rentenbanken, §§ 10. 50. 108
1851. April 14. Gesetz über die Einführung des Strafgesetzbuches für die Preußischen Staaten:
Art. 16. 17. Seite 99. Art. 18. Seite 4.

Berichtigungen.

Seite 15 Zeile 9 von unten statt I. lies: II.
„ 28 „ 13 und 16 von unten statt Nichtableistung und Ableistung lies: Ableistung und Nichtableistung.
„ 47 „ 8 von oben statt 1529 lies: 1592.
„ 73 „ 13 von oben statt assessorisches lies: accessorisches.
„ 77 „ 11 von unten statt der lies: dem.
„ 94 „ 6 von unten statt jeden lies: jedem.
„ 95 „ 1 von oben statt ihr lies: ihn.
„ 95 „ 6 von unten statt Hautsache lies: Hauptsache.
„ 136 „ 16 von oben statt die lies: der.
„ 140 „ 15 von unten statt fänden lies: fanden.
„ 150 „ 14 von oben statt die lies: der.
„ 189 „ 14 von oben statt bedurfte lies: bedurften.
„ 225 „ 12 von unten statt denselben lies: demselben.
„ 260 „ 17 von oben statt auf lies: durch.
„ 313 „ 1 von unten statt zurückgewiesen lies: zurückzuweisen.
„ 321 „ 4 von oben statt den lies: die.
„ 326 „ 15 von unten statt 29. lies: A. G. O. I. 29.
„ 361 „ 2 von unten statt test. lies: rest.

Eduard Hannes's Buchdruckerei in Berlin.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google